

UNIVERSITÉ DE PARIS - FACULTÉ DE DROIT

Des effets de la clause statutaire d'exécution en Bourse vis-à-vis de la faillite d'un Actionnaire

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

Présentée et soutenue le 1^{er} Mars 1932, à 14 heures

PAR

Georges DEBRAY

MEMBRES DU JURY :

Président : M. A. WAHL, Professeur.

Suffragants { M. PERCEROU, Professeur.
M. ESCARRA, Professeur.

IMPRIMERIE MORAX

63, RUE NOLLET

PARIS

1932

DES EFFETS DE LA CLAUSE STATUTAIRE
D'EXÉCUTION EN BOURSE
VIS-A-VIS DE LA FAILLITE D'UN ACTIONNAIRE



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41551819_0037

Des effets de la clause statutaire d'exécution en Bourse vis-à-vis de la faillite d'un Actionnaire

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

Présentée et soutenue le 1^{er} Mars 1932, à 14 heures

PAR

Georges DEBRAY

MEMBRES DU JURY :

Président : M. A. WAHL, Professeur.

Suffragants { M. PERCEROU, Professeur.
M. ESCARRA, Professeur.

IMPRIMERIE MORAX

63, RUE NOLLET

PARIS

1932

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.



INTRODUCTION

La Science moderne du Droit est devenue par excellence la Science de l'Induction.

Nous allons avoir l'occasion de le constater à chaque page de cette étude où, devant une nécessité pratique, le Fait — réagissant sur le Droit — lui inspire de complexes spéculations dont le seul but ne sera en définitive que de le justifier.

La nécessité du maintien de la clause d'exécution en bourse en cas de faillite d'un actionnaire a été le Fait qui a donné naissance à de nombreuses théories juridiques que nous aurons à examiner.

Mais avant de poser le problème, il est nécessaire de rappeler aussi brièvement que possible quelques généralités sur chacun des termes qui le composent.

Ce travail préliminaire — ne serait-il que de terminologie, — est indispensable à l'intelligence de notre sujet.

Qu'est-ce que la clause statutaire d'exécution en bourse ? à quels besoins répond-elle ?

Quels en sont le mécanisme et les effets ?

Autant de questions qu'il nous faut considérer successivement bien qu'elles sortent de notre sujet.

★★

La clause d'exécution en bourse est née de l'usage de *l'action non libérée*.

On sait que la Loi du 24 juillet 1867 a autorisé les Sociétés de capitaux à se constituer valablement avec un capital *partiellement versé* (un quart au minimum) bien qu'intégralement souscrit.

L'action remise au souscripteur en échange du versement d'une fraction seulement de son montant est dite *non libérée*.

Le souscripteur reste débiteur envers la Société du *non versé*.

Les statuts de la Société prévoient les dates précises où se feront les appels du surplus, ou plus normalement réservent à la Société le droit de décider les appels de fonds quand bon lui semblera et au fur et à mesure de ses besoins.

L'usage d'émettre des actions non libérées offre l'avantage de garantir aux tiers un capital éventuel certain sans obliger une Société qui se forme à encaisser des fonds dont elle n'aurait peut-être pas besoin de suite et pour lesquels il lui faudrait verser de coûteux intérêts à ses actionnaires.

Du point de vue du souscripteur, l'émission d'actions non libérées est plus séduisante encore : elle lui permet de souscrire quatre fois plus d'actions que ses disponibilités

ne lui en auraient permis s'il avait dû les libérer immédiatement.

Cet avantage nous montre cependant de suite les dangers d'une telle action.

Elle constitue une menace permanente sur la tête de l'actionnaire, — menace d'autant plus grave que la plupart du temps il sera dans l'impossibilité d'y faire face, s'étant laissé aller à souscrire un chiffre trop élevé d'actions.

Si cette impossibilité de satisfaire à l'appel de fonds se répète en même temps chez un grand nombre d'actionnaires, on devine aisément la répercussion fâcheuse qui peut s'ensuivre pour la Société.

Privé d'une partie de son capital à un moment critique, elle connaîtra les plus grandes difficultés.

Aussi l'usage de l'action non libérée — qui aboutit en quelque sorte à un « capital de créances », — a-t-il été sérieusement battu en brèche ; il fut même question de la supprimer, à la suite des grands krachs financiers de 1880.

C'est donc une institution délicate et souvent critiquée que nous trouvons à la source même de la question qui va nous intéresser.

Notons le, sans insister davantage.

Quel est le caractère juridique du non-versé ?

Au point de vue juridique, le non-versé apparaît com-

me une obligation de somme d'argent ordinaire affectée de la modalité d'un terme.

Ce terme sera certain ou incertain selon que les statuts de la Société auront, ou non, prévu une date précise pour les versements.

On ne saurait soutenir que la dette de la partie non libérée ne naît qu'au moment de l'appel de fonds ; ce serait confondre la naissance et l'exigibilité de la dette.

La Cour de Cassation a pourtant dû le préciser dans un Arrêt du 16 décembre 1896 (D.P.97,1,314) : La dette est entière et définitive dès la souscription ; ce qui rend le terme incertain, c'est que l'appel de fonds qui, par sa survenance, doit rendre la dette exigible, peut avoir lieu à tout moment.

L'art. 1187 du Code civil dispose que le terme est toujours présumé stipulé en faveur du débiteur, mais ici nous avons vu qu'il était également, sinon plus, stipulé dans l'intérêt du créancier.

Aussi les actionnaires ne peuvent-ils faire de versements anticipés.

Que les dates de ces versements soient ou non fixées, l'actionnaire débiteur encourra la déchéance du terme dans les cas prévus par l'art. 1187 du Code civil et 444 du Code de Commerce.

En cas de faillite d'un actionnaire, la Société pourra donc exiger le montant des quarts non libérés à l'égard de

l'actionnaire failli alors qu'aucun appel de fonds n'aurait même été régulièrement lancé aux autres actionnaires (1).

En cas de faillite de la Société créancière de la libération, si aucune date n'a été prévue pour les versements, il est certain que le syndic pourra adresser un appel de fonds régulier aux actionnaires.

Mais si les actionnaires devaient réaliser leurs versements à des époques fixées par les statuts, les sommes restant dues ne deviennent pas exigibles par le seul fait de la déclaration de faillite de la Société.

L'art. 444 du Code de commerce ne pose la règle de l'exigibilité que pour les dettes du failli et non pour ses créances (2).

Nous sommes ainsi amenés à constater que le contrat de souscription, lorsqu'il s'agit d'actions non libérées, fait naître non seulement deux associés : la Société et l'actionnaire, mais encore un créancier et un débiteur.

Nous aurons l'occasion de nous arrêter, au cours de cette étude, à la nature juridique du contrat de souscription et nous verrons combien celui-ci est rendu complexe et même hybride par l'usage de l'action non libérée.

★★

Venons-en maintenant à la clause d'exécution en bourse proprement dite.

(1) Lyon-Caen et Renault Tr. T II n° 735.

(2) Cass. 25 oct, 1897. D.P. 98.1.297 note.

Lorsqu'une Société procède à un appel de fonds, il est très rare que tous les actionnaires y répondent.

Les défaillances sont tellement à prévoir que le Code Civil lui-même a prévu que par dérogation aux règles habituelles « l'associé qui devait apporter une somme dans une Société et qui ne l'a point fait, devient, de plein droit et sans demande, débiteur des intérêts de cette somme à compter du jour où elle devait être payée » (Art. 1846 Code Civil).

Les statuts stipuleront bien aussi de gros intérêts moratoires mais il est facile d'imaginer que ces sanctions sont bien peu de chose devant la gêne ou l'impossibilité de payer d'un actionnaire.

Il y a cependant un très grand intérêt pour la Société à encaisser rapidement la portion de son capital devenue exigible.

Elle aura bien pour ce faire une action personnelle née du lien d'obligation existant entre elle et l'actionnaire.

Mais l'exercice de cette action implique malheureusement la nécessité d'assigner individuellement chaque actionnaire défaillant devant les Tribunaux, de s'exposer aux exceptions de forme toujours possibles, en tous les cas aux lenteurs coûteuses d'une instance judiciaire et d'une exécution peut-être aléatoire.

Cette action personnelle ne saurait donc répondre aux besoins de rapidité qui existent toujours lors d'un appel de fonds.

Aussi la pratique a-t-elle imaginé d'insérer dans les statuts de la Société une clause dite *d'exécution en bourse*.

Cette clause prévoit généralement que la Société pourra faire vendre les titres sur lesquels des versements sont en retard ; qu'après la publication du numéro des titres défailants et l'expiration d'un certain délai, quinze jours par exemple, la Société aura le droit de faire vendre sur duplicata les actions dont il s'agit pour le compte et aux risques et périls des retardataires.

La clause ajoute enfin le plus souvent que le prix net de la vente s'imputera sur ce qui sera dû à la Société par l'actionnaire exproprié, lequel restera débiteur de la différence en moins, ou profitera de l'excédent.

Il y a lieu de distinguer soigneusement cette exécution en bourse d'une autre opération bien différente d'aspect quoique pourvue d'une dénomination semblable : l'exécution en bourse pour découvert dont le décret du 7 octobre 1890 a réglementé l'emploi au profit de l'agent de change, victime de la défaillance de son donneur d'ordre.

L'exécution en bourse apparaît comme un moyen de contrainte dirigé contre le titre débiteur lui-même, abstraction faite de celui ou ceux qui sont tenus personnellement sur tous leurs biens du paiement du non versé (1).

C'est la raison pour laquelle on la qualifie d'action

(1) Pallu, « De l'exécution en bourse » 1907, p. 43. Rousseau Tr. des Soc. comm. t. 1 n° 306 — Boistel Pr. de Dr. comm. 4 éd. n° 227.

réelle par opposition à l'action personnelle du Droit commun.

La clause d'exécution en bourse a, au même titre que les statuts, un caractère conventionnel qui lie l'actionnaire à la Société, la convention faisant la loi des parties.

Elle est, en outre, facultative pour la Société à qui l'option est laissée entre les deux moyens d'agir que lui donne la loi et la convention.

La procédure suivie pour parvenir à la vente en bourse est habituellement réglemantée par les statuts.

On trouve toujours une mesure de publicité ; il est par contre rare que les statuts prévoient une mise en demeure directe : l'échéance du terme est considérée comme suffisante.

La vente des titres a lieu par agent de change s'ils sont cotés, sinon aux enchères en l'étude et par le Ministère d'un Notaire.

Dans les deux cas, le duplicata vendu est l'objet d'une *libération fictive* c'est-à-dire que le nouveau titre offert se trouve libéré du dernier versement appelé en vain et qui a provoqué l'exécution en bourse.

Cette pratique de la libération fictive a été longtemps l'objet de contestations de la part d'actionnaires évincés.

La Jurisprudence, d'abord hésitante (1), a successivement repoussé toutes les objections qui ont été faites et à

(1) Trib. Com. Seine 16 oct. 1884 D. 88.2. 307. Rev. des Soc. 1885 p. 43.

l'heure actuelle la vente en bourse de titres libérés fictivement du montant du dernier appel de fonds n'est plus contestée (1).

Dès le jour où la vente est réalisée, l'actionnaire déchu perd avec sa qualité d'actionnaire tous les droits qui en résultaient.

Sans même que les résultats de l'exécution lui soient notifiés, il devient étranger à la Société par le seul fait de sa défaillance, sauf en ce qui concerne, bien entendu, le règlement de compte final.

Quant au nouvel acquéreur il devient propriétaire d'une action entièrement libérée (du moins de la portion appelée qui a provoqué l'exécution) avec la jouissance de tous les droits qui y sont attachés et sans qu'il puisse être tenu responsable du déficit provenant de la vente en bourse au cas où il en existerait, une sorte de purge étant résultée de l'opération de la revente (2).

La Doctrine et la Jurisprudence sont unanimes à reconnaître la régularité et la validité de la clause d'exécution en bourse.

A plusieurs reprises la Cour de Cassation a reconnu par de nombreux arrêts que cette validité était incontestable (3).

(1) Cass. 8 déc. 1891 D. 92.1.539.

(2) Paris 15 avril 1885. D. 86-2-89 Note Thaller n° 3.

(3) Cass. 10 mai 1859. D. 59-1.368. — Cass. 10 févr. 1888 D. 89-1.361. Cass. 8 déc. 1891 D. 92.1.539.

Ajoutons enfin que l'usage de la clause d'exécution en bourse se rencontre également à propos d'obligations non libérées, bien que dans ce cas la nécessité d'un mode de recouvrement rapide et sûr se fasse beaucoup moins sentir.

★
★ ★

Nous avons maintenant les éléments suffisants pour poser en parfaite connaissance de cause le problème qui nous occupe.

La clause d'exécution en bourse d'actions non libérées peut-elle être opposée à un actionnaire en faillite et à la masse de ses créanciers ? (1)

Le propre de la faillite est en effet d'établir dans les rapports du failli et de ses créanciers une égalité à laquelle il ne peut être dérogé en dehors des cas prévus par la loi.

Très souvent la situation d'un créancier qui fait valoir ses droits contre un débiteur *in bonis* peut se modifier tout à fait le jour où ce débiteur tombe en faillite.

C'est que ce jour là les deux parties contractantes ne sont plus seules en présence, à côté d'elles est né un tiers : la masse des créanciers représentée par le Syndic.

Le jeu de la clause d'exécution ne va-t-il pas précisément créer à la Société, créancière de la libération, une situation privilégiée par rapport aux autres créanciers ?

(1) Le problème est identique dans le cas d'une liquidation judiciaire et c'est pour la simplification des développements seulement que nous ne parlerons jamais que de faillite.

Et dans l'affirmative, l'adage en vertu duquel il ne peut y avoir de privilège sans loi ne va-t-il pas avoir pour effet de faire tomber la clause ne laissant plus à la Société créancière que l'unique droit de se faire payer en monnaie de dividendes le montant des versements restant dus ?

Cette question est, de l'avis de tous, une des plus délicates que le Droit des Sociétés ait jamais fait naître.

A l'heure actuelle la jurisprudence ne s'est pas encore arrêtée à une solution définitive.

On a prétendu que la Cour de Cassation avait implicitement reconnu en 1896 l'impossibilité du maintien de la clause dans le cas d'une faillite.

A dire vrai, l'arrêt invoqué (1) s'est borné à rappeler que le souscripteur d'actions tombé ultérieurement en faillite pouvait opposer un concordat à la Société qui faisait un appel de fonds pour les versements complémentaires.

Ce n'était là que le rappel de principes élémentaires et il n'était pas encore question du pacte statutaire d'exécution en bourse. En réalité la Cour de Cassation ne faisait alors que poser le problème.

Deux arrêts récents de la Cour de Paris sont par contre venus décider avec beaucoup de précision de l'opposabilité de l'exécution en bourse à une faillite.

Malheureusement ces deux décisions impliquent une explication juridique de la clause (pacte commissaire) dont

(1) Cass. 16 déc. 1896, D. 97.1.314. — S. 99.1.5. — Gaz. Pal. 97. 1.69.

la Cour de Cassation ne veut pas (elle l'a formellement rejetée en 1915).

Ces deux arrêts ont d'ailleurs fait l'objet d'un pourvoi si bien qu'on peut dire que le dernier mot reste en réalité à la Cour suprême.

L'accord des auteurs est par contre à peu près complet sur le but à atteindre.

Tous reconnaissent la nécessité du maintien de la clause en face de la faillite.

Les difficultés et les controverses ne commencent que lorsqu'il s'agit de savoir comment on justifiera en droit cette solution affirmative.

Et c'est ainsi que la Doctrine a été amenée à élever des constructions juridiques capables de légitimer la clause avec toutes les conséquences pratiques qu'elle impose.

Nous avons dit que la jurisprudence avait à plusieurs reprises au cours du XIX^e siècle reconnu la validité de la clause d'exécution en bourse.

Mais dans tous ses arrêts, la Cour de Cassation s'était bornée à constater que la clause d'exécution en bourse ne contenait pas de dispositions contraires à l'ordre public sans jamais se préoccuper de savoir ce qui, du point de vue purement juridique, pouvait bien la légitimer.

C'est seulement lorsque s'est posée la question du maintien de la clause en face d'une faillite qu'il a fallu s'attaquer à sa nature juridique.

La pratique a imaginé, et c'est seulement lorsque la difficulté est née, que la Science a cherché à légitimer.

Le Fait a poussé le Droit et c'est un exemple typique de l'évolution moderne du Droit.

On ne considère plus le Droit comme une science exacte, abstraite et mathématique où l'on ne procède que par déduction au risque de perdre de vue les contingences de la vie réelle.

La préoccupation dominante est aujourd'hui d'adapter les principes aux besoins économiques et sociaux.

Mais cette nouvelle orientation n'est pas exclusive de constructions juridiques.

Celles-ci deviennent alors des moyens qui permettent d'harmoniser les règles pratiques déjà consacrées avec les principes généraux du droit.

Grâce à elles, le Droit n'est pas un ensemble disparate de solutions positives sans lien apparent : elles lui donnent la cohérence et l'unité.

Et c'est ainsi que la solution de notre problème va se trouver intimement liée à l'étude de la nature juridique de la clause d'exécution en bourse.

Nous examinerons dans un chapitre préliminaire le problème du seul point de vue économique.

Nous serons ensuite amenés à considérer successivement chacune des théories qui ont été proposées pour expliquer la nature juridique de la clause ainsi que les controverses que le nombre même de ces théories a fait naître.

On en trouve pas moins de cinq en effet, et si les deux thèses de l'expropriation forcée d'une part et de l'exécution par voie de remplacement, d'autre part, sont aujourd'hui abandonnées, trois théories se trouvent encore en présence : la théorie de la Résolution, la théorie du Mandat et la théorie du Gage.

Mais nous ne perdrons jamais de vue le véritable objet de notre thèse ; aussi ne manquerons-nous pas en étudiant chacune de ces théories de nous attacher aux effets qu'elles impliquent en face de la faillite d'un actionnaire.

Ainsi conduit, notre travail nous amènera à repousser la conception de la Résolution actuellement la plus en faveur ainsi d'ailleurs que la théorie du Mandat.

Nous nous rallierons alors à la théorie du Gage non pas qu'elle soit exempte de difficultés, mais parce qu'elle nous apparaîtra comme la seule capable de faire produire effet à la clause d'exécution en bourse dans le cas d'une faillite.

CHAPITRE PREMIER

LE PROBLÈME ÉCONOMIQUE

Avant de rechercher les moyens juridiques qui permettront de valider la clause d'exécution en bourse devant une faillite, il est utile de considérer le problème du point de vue purement économique.

Une pesée impartiale des intérêts mis en présence va nous en faire comprendre toute la portée.

Quels sont ces intérêts ?

Ils sont au nombre de trois : l'intérêt de la Société d'une part, l'intérêt du Crédit public d'autre part, l'intérêt enfin de l'actionnaire en faillite ou plutôt de la masse de ses créanciers.

★
★ ★

Du point de vue de la Société, nous avons vu que la clause d'exécution en bourse a été créée pour remédier à la négligence toujours à craindre de l'actionnaire (et en ce cas elle permettait une rapidité plus grande dans l'exécution), mais surtout pour parer à l'inconvénient de l'insolvabilité de l'actionnaire.

Il apparaît aussitôt qu'admettre la déchéance de la clause en cas de faillite, c'est lui retirer la plus grande partie de son utilité puisque la faillite n'est en définitive que la consécration légale de l'insolvabilité de l'actionnaire.

Supposons en effet qu'il n'existe pas de clause dans les statuts :

Vis-à-vis d'un débiteur *in bonis*, il reste à la Société les voies d'exécution ordinaires : elle pourra prendre condamnation contre lui et le faire saisir.

Mais vis-à-vis d'une faillite, la Société restera sans armes.

Créancière pure et simple d'une somme d'argent, il lui faudra libérer l'action au profit de la masse pour ne toucher en contrepartie qu'un dividende souvent minime.

Elle se trouvera privée d'une partie de son capital à l'instant où il lui était tout particulièrement utile.

Cette solution pourrait devenir désastreuse, si le failli, une banque par exemple, avait souscrit la plus grande partie du capital.

Elle choquera aussi l'équité si le failli obtient son concordat car dans ce cas, il faudra pour la Société se contenter de toucher en monnaie de dividende le montant de l'appel de fonds, alors que le titre restera par la suite entre les mains de l'actionnaire sans même profiter à la masse de ses créanciers.

De plus le concordat restera pour l'avenir opposable

aux appels de fonds ultérieurs et le principe du paiement en monnaie de dividendes devra être maintenu.

L'actionnaire bénéficiaire du concordat se trouvera ainsi avoir autant de droits dans la Société qu'un autre actionnaire qui, lui, aura intégralement libéré son action : il touchera les mêmes dividendes, aura la même voix aux assemblées, se verra attribuer la même part de l'actif social le jour de la dissolution.

Si, au contraire, il reste à la Société la ressource de l'exécution en bourse, elle pourra appliquer à son profit exclusif le montant du prix que la vente de l'action lui aura procuré sauf à se contenter d'un dividende pour ce qui peut lui rester dû si l'action a été vendue au-dessous du pair.

Il serait donc contraire à l'équité et en tous les cas aux intérêts les plus légitimes de la Société de ne pas faire produire effets au pacte d'exécution en bourse en cas de faillite.

★★

Mais plus important encore va être l'intérêt du Crédit public.

Les Sociétés de capitaux intéressent au premier chef l'ordre et le crédit public.

Aussi la loi est-elle intervenue pour régler minutieusement la constitution des Sociétés, la souscription et la libération de leur capital et pour punir avec sévérité toute défaillance aux dispositions prescrites.

Ces précautions étaient la compensation nécessaire à l'autorisation de laisser se créer des Sociétés de capitaux, êtres impersonnels (bien qu'ayant une personnalité dite morale), en tous les cas éphémères et irresponsables.

Lorsqu'un individu traite avec un particulier, sa personne, sa moralité, son patrimoine tout entier viennent répondre de lui.

S'il traite par contre avec une Société, il n'aura pour unique garantie que le capital de la Société.

D'où la nécessité d'avoir un capital rigoureusement contrôlé par les pouvoirs publics.

Nous avons vu cependant que la Loi avait eu la faiblesse d'autoriser l'action non libérée dont l'usage aboutit à ce que nous avons appelé « un capital de créances », — capital dont la réalité n'est qu'éventuelle et qui rendra plus incertaine encore la garantie des tiers.

Le Législateur n'a pas su corriger cette faiblesse par l'organisation d'une procédure capable d'assurer une libération rapide et sûre.

Il a fallu que la pratique vienne suppléer à cette lacune en imaginant d'insérer dans les statuts la clause d'exécution en bourse.

Cette clause, en l'absence d'une consécration légale, tire sa puissance du principe de l'autonomie de la volonté et sa force n'est évidemment que celle d'une convention.

Est-ce une raison suffisante pour faire perdre sa puis-

sance au pacte d'exécution en bourse lorsqu'il se trouve aux prises avec la Loi d'ordre public qu'est la faillite ?

Il apparaît qu'une semblable solution serait en tous les cas profondément injuste.

Le crédit public ne doit pas souffrir d'une institution autorisée par la Loi pour la seule raison que celle-ci n'a pas su remédier aux inconvénients que cette institution présentait.

★★

Il nous reste à examiner le dernier intérêt mis en jeu, celui de la masse des créanciers de l'actionnaire failli.

Cet intérêt va se trouver évidemment en opposition directe avec celui de la Société et s'il fallait plaider sa cause il suffirait de dire qu'en définitive la clause d'exécution en bourse aboutit à dépouiller les créanciers d'un bien faisant partie du patrimoine de leur débiteur.

Puisque la faillite a justement pour but de mettre un terme à la dissociation des divers éléments du patrimoine du débiteur elle devra paralyser les effets de la clause : tous les créanciers devront concourir avec la Société sur le prix provenant du titre.

L'intérêt de la masse est donc manifeste. Il apparaîtra d'ailleurs tout particulièrement dans le cas d'une Société de spéculation à qui appartient un très grand nombre d'actions non libérées et qui tombe en faillite.

Dans ce cas l'importance de son actif dépendra presque uniquement du sort de la clause d'exécution en bourse.

Le tout est cependant de savoir si cet intérêt, évident, est aussi légitime.

Si le Législateur a voulu empêcher toute diminution du patrimoine d'un individu à compter du jour de sa faillite, s'il a interdit dans certains cas la résolution de contrats passés avant la faillite, c'est uniquement parce que les créanciers ont fait foi dans l'actif apparent de leur débiteur lorsqu'ils ont traité avec lui.

Mais dans le cas qui nous occupe, il est certain que les créanciers, qui ont connu l'existence dans l'actif de leur débiteur de titres non libérés, savaient obligatoirement que ces titres n'étaient entrés dans le patrimoine comme élément d'actif que déduction faite des obligations y afférant.

Connaissant l'existence du titre, ils ont par cela même été informés des charges qui le grevaient.

Dès lors, ils ne sauraient éprouver aucune surprise que ce titre fût par la suite vendu au seul profit de la Société créancière.

Des créanciers seraient en tous les cas mal fondés à exiger « le produit d'un droit envisagé sous sa face active tout en reconnaissant les obligations qui en constituaient le côté passif » (1).

Nous sommes ainsi amenés à constater que du point

(1) Bernard. An. de Dr. Comm. extrait p. 17.

de vue de la Société et du Crédit public il serait désastreux et injuste que la clause d'exécution en bourse ne pût jouer en cas de faillite.

Nous avons montré que cette solution, si elle ne profitait pas à la masse des créanciers, n'en était pas moins tout à fait justifiée même à son égard.

Le but nous apparaît ainsi dans toute son étendue.

Il nous reste maintenant à l'atteindre.

CHAPITRE II

EXPOSÉ ET CRITIQUE DES EXPLICATIONS DE LA CLAUSE D'EXÉCUTION EN BOURSE AUJOURD'HUI ABANDONNÉES

Les interprétations juridiques de la clause d'exécution en bourse que nous allons examiner dans ce chapitre ne le seront que dans un intérêt purement doctrinal et spéculatif.

Elles ne touchent pas en effet au problème du maintien de la clause en cas de faillite.

Nous nous devons cependant de les considérer rapidement, ne serait-ce que pour mettre en lumière les objections irréfutables auxquelles elles se heurtent.

★ ★

On a soutenu que le fondement du pacte d'exécution en bourse devait être recherché dans l'Usage.

Mais l'usage ne saurait être considéré comme une source de Droit.

Et d'ailleurs la pratique de l'exécution en bourse n'est

admise que lorsqu'un article des statuts de la Société l'a formellement prévue.

On a vu également dans la clause d'exécution en bourse une *expropriation forcée* du titre, on a dit aussi qu'il s'agissait d'une exécution *par voie de remplacement* du contrat de souscription.

Nous consacrerons un paragraphe à chacune de ces deux conceptions.

§ 1. — THÈSE DE L'EXPROPRIATION FORCÉE.

D'après cette théorie, le titre serait saisi sur son titulaire pour être vendu aux enchères, adjugé au meilleur offrant qui succède au débiteur exproprié dans les mêmes conditions que s'il s'agissait d'une saisie-exécution.

Puisque l'exécution en bourse réalise la dépossession, ou mieux le désaisissement de l'actionnaire qui en est l'objet, il paraît naturel de l'envisager comme une forme de l'expropriation par un créancier des biens de son débiteur.

Cette explication dispense de toute construction juridique pour expliquer la clause puisqu'en vertu du principe de l'autonomie de la volonté, celle-ci trouverait en elle-même sa propre justification.

La conception de l'expropriation forcée répond enfin aux dénominations par lesquelles on désigne habituellement l'institution : « réalisation en bourse », « action réelle ».

Pour peu que l'on aille au fond des choses il apparaît vite que l'idée « d'expropriation forcée » qui a au moins pour elle le mérite de la simplicité se heurte à une objection très grave.

Si en Droit français la convention fait la Loi des parties (art. 1134 du code civil) l'autonomie de la volonté n'en a pas moins pour limites l'ordre public et les bonnes mœurs (art. 6 Code civil).

Et précisément l'exécution en bourse, s'il fallait la concevoir comme une simplification des formes de réalisation par le créancier des biens de son débiteur, se heurterait aux règles légales d'ordre public qui concernent l'expropriation forcée.

Les exigences de la Loi sont formelles :

Le titre exécutoire (art. 545 et 551 c. proc. civile), le commandement fait à personne ou à domicile et contenant notification du titre (art. 583 du Code de Procédure civile) sont les conditions indispensables de toute exécution d'un individu.

Le pacte d'exécution est une convention ; là où il y a convention il ne peut y avoir expropriation forcée.

Il ne faut pas d'ailleurs attribuer plus d'importance qu'il ne convient à des dénominations surtout lorsqu'on les doit à la pratique.

Il est visible que lorsqu'on dit de l'exécution en bourse qu'elle est une « action réelle » le mot action n'a pas le

sens qu'il a en procédure. Ce n'est pas le recours à l'autorité judiciaire en vue de la protection d'un droit.

Il est curieux de constater que la thèse de l'expropriation forcée n'a été exposée et développée que par les auteurs qui l'ont ensuite critiquée.

En réalité, personne ne l'a jamais adoptée et c'est à tort qu'on l'a attribuée à un arrêt de la Cour de Paris du 15 avril 1885.

Pas plus que les autres arrêts de cette époque, il n'a voulu toucher à la nature juridique du pacte d'exécution.

M. Thaller, dans la note parue sous l'arrêt au recueil Dalloz dit expressément : « S'agissait-il bien d'une saisie dans l'esprit de la Cour ? sa pensée n'est pas assez clairement exprimée pour qu'on en puisse répondre » (1).

Que dit en effet cet arrêt :

« Que l'action dans une Société, constitue une part du « fonds social, un ensemble de droit représenté par un « titre nominatif ou au porteur ;

« Que c'est ce titre exproprié, *en vertu d'une sorte « d'action réelle dont l'exercice est généralement réglé par « les statuts sociaux*, qui devient avec tous les droits y « afférents la propriété de l'acquéreur sans autre condition « ni charge pour lui que de payer son prix d'acquisition ».

Et puis loin, l'arrêt parlera, mais toujours incidemment : « *des débiteurs expropriés* ».

(1) D. 86.2.89 Note Thaller (2 et 3).

A notre avis la Cour prononcée ici le mot « expropriation » comme elle prononcera plus tard, en 1892, celui de « résolution » sans qu'il faille attacher à cette imprécision de langage la portée d'une interprétation juridique.

D'ailleurs semblant regretter son imprudence la même Cour, peu de temps après, rendra un nouvel arrêt (1), plus circonspect cette fois-ci, qui se gardera bien de parler à nouveau d'expropriation.

Il évitera la difficulté d'une explication en se bornant à constater que rien dans la clause n'est contraire à l'ordre public et que la convention fait la loi des parties.

« L'expropriation forcée » ne saurait retenir plus longtemps notre attention.

Constatons seulement que ne touchant pas à la question du maintien en cas de faillite, elle ne pouvait avoir été sérieusement proposée ni défendue.

Il va en être de même de l'interprétation par l'idée « d'exécution par voie de remplacement » qui offre cependant déjà plus de vraisemblance juridique.

§ 2. — THÈSE DE L'EXÉCUTION PAR VOIE DE REMPLACEMENT.

Certains auteurs (2) ont remarqué que l'exécution en bourse présentait cette particularité que les poursuites

(1) Paris 12 mai 1888. D. 92.1.539.

(2) Thaller op. cit. — Bouvier Bangillon note sous Pand. fr. 90. 1.369.

étaient dirigées non sur un élément quelconque du patrimoine du débiteur mais sur l'objet même du contrat inexécuté.

Ils ont ainsi été amenés à se demander s'ils n'étaient pas en présence d'une exécution en nature du pacte d'exécution aux dépens de l'actionnaire débiteur.

On sait que le législateur a voulu que l'exécution des obligations eût lieu en nature dans toutes les circonstances où elle était possible.

L'exécution en équivalent n'est qu'un pis-aller qu'il faut s'efforcer d'éviter.

C'est dans cet ordre d'idées que le Juge a été amené à bâtir de toutes pièces l'institution de l'Astreinte qu'il est si difficile de légitimer en droit.

C'est également en vertu de ce principe d'exécution en nature à tous prix que l'art. 1144 du Code civil a disposé que le créancier pouvait en cas d'inexécution être autorisé à faire exécuter lui-même l'obligation par un tiers aux dépens du débiteur.

S'il s'agit par exemple d'une obligation de construire un mur à laquelle se soustrait le débiteur, le créancier pourra faire exécuter les travaux par un tiers sauf à se retourner ensuite contre son débiteur pour lui réclamer le prix que lui aura coûté cette exécution indirecte.

N'est-on pas ici en présence d'une semblable exécution ?

La Société créancière ne substitue-t-elle pas à l'actionnaire qui se dérobe un actionnaire plus consciencieux ?

Ne peut-on pas dire qu'on est en face, non pas d'une saisie, mais d'une exécution en nature par voie de remplacement ?

On objectera sans doute que l'art. 1144 dépend du chapitre du Code civil intitulé : « De l'obligation de faire ou de ne pas faire », et qu'ici nous nous trouvons en présence d'une obligation de somme d'argent.

Mais on pourra répondre que le vœu d'exécution en nature exprimé par le Législateur dépasse le cadre des obligations de faire, qu'il est général, et qu'on peut très bien concevoir une obligation de donner une chose de genre à laquelle se soustrait le débiteur : rien n'empêchera alors le créancier de se fournir ailleurs aux frais de son débiteur.

L'objection n'est évidemment pas là, elle résulte en réalité de la rédaction même de l'art. 1144.

Cet article prévoit, en effet, que le créancier devra se munir d'une autorisation de justice pour procéder au remplacement.

Il est bien admis par certains auteurs que cette autorisation préalable n'est pas toujours nécessaire mais il faut alors qu'il n'y ait de la part du créancier aucune emprise à exercer sur un élément quelconque du patrimoine de son débiteur (1).

(1) Baudry Lacantinerie et Barde, Obligations T I n° 437.

Ce n'est malheureusement pas le cas ici.

Il n'y a pas en effet seulement un remplacement ; celui-ci se fait en même temps que la Société met en vente un des biens du patrimoine de l'actionnaire : l'Action.

Il nous est dès lors impossible de valider la clause d'exécution en bourse en nous plaçant sur le terrain de l'art. 1144.

Ajoutons que cette interprétation — pas plus que celle de l'expropriation forcée, — n'a été sérieusement soutenue, qu'elle n'a en réalité été exposée que par les auteurs qui l'ont aussitôt critiquée.

Nous en avons terminé avec ces deux explications de la clause d'exécution en bourse.

Il nous faut maintenant passer à l'étude d'une conception toute différente qui voit dans la clause un pacte commissaire exprès, et qui va retenir beaucoup plus longtemps notre attention.

CHAPITRE III

THÉORIE DE LA RÉOLUTION

Les systèmes que nous avons envisagés jusqu'ici voyaient dans l'exercice de la clause d'exécution en bourse un mode d'exécution de la convention résultant des statuts.

La conception qui va maintenant nous occuper considère au contraire l'exécution en bourse comme la conséquence de l'*anéantissement* du lien qui unissait l'actionnaire à la Société.

La théorie de la Résolution est à l'heure actuelle vue avec faveur par la grande majorité de la Doctrine (1).

Conçue et exposée pour la première fois par l'éminent professeur, Monsieur Thaller, dans une note au recueil Dalloz sous un arrêt de la Cour de Paris de 1885, elle a

(1) Thaller note sous Paris 15 avril 1885. D. 86-2.89 Tr. de Dr. Comm. n° 628, — Labbé note sous S. 92.1.408, — Bouvier, Baugillon Pand. Fr. 91.1.369, — Lyon-Caen et Renault, Tr. de Dr. Com. T. II n° 739, — Rousseau, des Soc. Com. n° 306, — Floucaud, Penardille, Soc. par actions n° 63, — Thaller et Pic, des Soc. com. n° 788, — Arthuys, Tr. des Soc. Com. n° 470, — Lacour et Bouteron, Précis de Dr. Com. n° 400 — Bernard, Annales de Dr. Comm. extrait 1904.

été développée dans un esprit très juridique par M. Bernard en 1904.

La jurisprudence, par contre, apparaît plus divisée car si la Cour d'Appel de Paris a cherché à l'adopter ces dernières années nous verrons par contre que la Cour suprême l'a formellement condamnée en 1915.

C'est la complexité qui est, nous l'allons voir, le caractère principal de ce nouveau système.

Les quelques auteurs qui s'y sont attaqués n'ont pas manqué de souligner cette complexité et en ont parfois même tiré argument pour la combattre.

En procédant ainsi ils ont sans doute oublié que les spéculations les plus subtiles pouvaient être nécessaires à l'explication — sur le plan juridique, — d'une opération de la pratique tout à fait simple en elle-même.

La volonté de ceux qui ont institué la pratique de l'exécution en bourse était dirigée vers un résultat économique et non vers une notion juridique.

Il appartient au juriste de rechercher, en toute indépendance, quelle forme juridique est la mieux appropriée au but poursuivi.

Aussi, lorsque nous serons amenés à critiquer nous-mêmes la théorie de la résolution, éviterons-nous de nous laisser rebuter par la seule complexité, et lorsqu'une difficulté se présentera, nous efforcerons-nous de rechercher aussitôt si une solution n'en vient pas diminuer la portée.

Dans une première section nous ferons l'exposé de la théorie de la Résolution, et, dans une seconde son étude critique. Enfin, dans une dernière section nous analyserons les décisions de justice qui ont adopté cette explication.

Nous consacrerons ensuite un chapitre spécial à l'étude d'une interprétation de la clause dérivée du système de la Résolution : celui de la Résiliation.

Nous examinerons enfin la théorie de la Résolution aux prises avec la faillite d'un actionnaire et si elle est capable de légitimer, dans ce cas, le maintien de la clause.

SECTION I

Exposé de la théorie de la résolution

L'existence d'obligations réciproques et corrélatives dans les contrats synallagmatiques entraîne des conséquences importantes que dicte l'équité.

Il serait immoral qu'une partie pût exiger ou imposer l'exécution d'une obligation à l'autre si elle-même ne veut pas ou ne peut pas exécuter la sienne.

Les Canonistes disaient : *frangenti fidem fides sua non est servanda* » à celui qui n'observe pas la parole donnée, on n'est pas tenu de conserver la sienne.

Et sur le plan juridique cette idée morale peut ainsi s'énoncer : « La règle qui conditionne la naissance de l'engagement d'une partie par la création de l'engagement de l'autre subordonne également l'exécution de l'obligation à celle de l'obligation de l'autre » (1).

C'est encore ce qu'on appelle chez les auteurs allemands « l'exécution trait pour trait » (*Er-fullung Zug um Zug*).

Aussi un principe général consacré par toutes les législations prévoit-il que l'inexécution de ses obligations par une personne fait naître au profit de l'autre le droit de se refuser elle-même à l'exécution de ses propres engagements.

Elle pourra de plus se dégager d'un contrat dont elle n'a plus rien à attendre et revenir sur l'exécution si elle y a déjà satisfait en demandant en justice la *résolution* de la convention.

Ce dernier principe est consacré par l'art. 1184 du Code Civil qui affecte tout contrat synallagmatique d'une condition résolutoire tacite.

L'inexécution de l'obligation ne donne cependant pas en elle-même un droit absolu à la résolution. Celle-ci dépend des circonstances et c'est au Juge qu'il appartient de les apprécier.

Aussi la résolution ne se produira-t-elle que par l'effet d'une décision judiciaire.

(1) Planiol Dr. Civ. T. I n° 1080.

Jusqu'au jour où la justice sera saisie, le créancier de l'obligation inexécutée aura donc ainsi une option à exercer.

Il s'adressera aux tribunaux soit pour poursuivre l'exécution du contrat soit pour en demander au contraire la résolution, autrement dit l'anéantissement.

Cependant l'intervention du juge n'est pas d'ordre public et la convention des parties peut y déroger.

Le Code civil lui-même a prévu en matière immobilière la possibilité d'une résolution prévue par les parties sans décision de justice préalable (art. 1656-1657 Code civil).

Par une clause expresse du contrat appelée *pacte commissoire* (par dérivation de la *lex commissoria* romaine), les contractants pourront prévoir que l'inexécution par l'un d'eux de ses engagements entraînera de *plein droit* et sans formalité judiciaire la résolution du contrat.

De quelque façon qu'intervienne cette résolution, qu'elle soit demandée en justice ou qu'elle résulte d'une disposition expresse voulue par les parties, elle aboutit à l'anéantissement de la convention non seulement pour l'avenir mais encore pour le passé.

En d'autres termes, la résolution rétroagit, la convention est réputée n'avoir jamais existée : les parties doivent se restituer mutuellement tout ce qu'elles pourraient avoir déjà reçu en vertu de la convention.

Si cette convention avait pour but le transfert d'un

droit, cet effet translatif sera lui aussi anéanti et par là, réfléchira contre les tiers : *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis*.

C'est dans cet ordre d'idées qu'on a pensé pouvoir trouver l'explication juridique de la clause d'exécution en bourse.

Cette clause, insérée dans les statuts, se trouvant être la clause d'un contrat synallagmatique, on en est venu à se demander si on ne pourrait l'expliquer juridiquement par un pacte commissaire exprès portant en lui-même convention de résolution de plein droit.

Dès lors, si l'actionnaire n'exécute pas son obligation de versement, il est en vertu de cette clause déchu de tous ses droits.

La relation juridique qui l'attachait à la Société disparaît rétroactivement ; l'action redevient disponible entre les mains de la Société ; celle-ci en opère la vente en bourse et applique tout ou partie du prix obtenu à combler le déficit causé par la défaillance de l'ancien titulaire.

Quant aux quarts déjà versés par l'actionnaire — et que la Société ne lui rembourse pas, — ils lui restent acquis à titre de dommages-intérêts de résolution.

De même, l'actionnaire restera tenu, toujours au titre des dommages-intérêts, de la différence entre le montant de l'appel de fonds et le prix obtenu par la revente en bourse.

Ce calcul de dommages-intérêts résulterait d'une *clause pénale forfaitaire* que contiendrait elle-même la clause d'exécution en bourse.

Le jeu de cette dernière clause aboutirait ainsi à la naissance de deux droits au profit de la Société : le droit d'émettre une action nouvelle en remplacement de celle dont la souscription est résolue et le droit à des dommages-intérêts dont la fixation serait déterminée à l'avance et d'accord entre les parties le jour du contrat de souscription.

En résumé, la clause d'exécution en bourse s'analyserait en une clause résolutoire *de plano* du contrat de souscription, pour inexécution de ses engagements par le souscripteur assortie d'une clause pénale forfaitaire.

La théorie de la résolution étant ainsi exposée, nous allons maintenant en faire la critique.

SECTION II

Critique de la théorie de la résolution

Nombreuses sont les difficultés que soulève la théorie de la Résolution.

Nous les étudierons successivement toutes et nous serons alors amenés à conclure à l'existence d'objections de fait et de droit qui ne nous permettront pas de souscrire

à l'explication de la clause par l'idée d'un pacte commissaire exprès.

Il est difficile de soumettre l'examen de ces objections à un ordre logique.

Aussi est-ce pour la clarté du développement seulement que nous distinguerons dans trois paragraphes les objections tirées de l'idée de Résolution proprement dite, d'abord, de la notion de clause pénale ensuite, enfin, des conséquences pratiques auxquelles aboutirait la notion de résolution appliquée au pacte d'exécution.

§ 1. — *Objections tirées de l'idée de Résolution proprement dite.*

On pourra tout d'abord s'étonner que la jurisprudence consente aussi aisément à considérer le pacte d'exécution comme une clause résolutoire *ipso jure*.

Les tribunaux reconnaissent, en effet, sans enthousiasme la validité des clauses résolutoires quand elles aboutissent à se passer d'eux.

Aussi se montrent-ils très sévères dans l'interprétation de ces clauses.

Si, par exemple, les parties se sont contentées d'insérer dans un acte un pacte commissaire exprès pur et simple, le juge considérera que les effets de la clause ainsi exprimée resteront les mêmes que si on l'avait sous-entendue, les parties n'ayant pas suffisamment manifesté leur

intention de déroger aux dispositions de l'art. 1184 en se dispensant de saisir les tribunaux (1).

S'il est expressément stipulé que la résolution aura lieu « de plein droit » et sans décision de justice, il sera cependant nécessaire que le créancier manifeste son intention de faire résoudre le contrat.

Seule, la stipulation que la résolution aura lieu « de plein droit et sans sommation » permettra au simple fait de l'inexécution de son engagement par le débiteur de résoudre le contrat sans que le créancier ait à manifester sa volonté à cet égard.

Cette tendance restrictive de la jurisprudence nous amène déjà à penser qu'on force beaucoup l'interprétation des statuts pour aboutir à l'idée d'un pacte commissaire.

On la force d'autant plus que le caractère résolutoire attribué à la clause d'exécution est contraire au texte même de la clause qui dispose que la vente aura lieu « aux risques et périls du retardataire ».

★ ★

Cette observation préliminaire étant faite, arrivons-en à l'objection fondamentale qui vient frapper la théorie de la Résolution, à celle qui a notamment, nous le verrons, motivé sa condamnation auprès de la Cour suprême.

Cette objection, nous la formulons ainsi :

(1) Aubry et Rau T. IV § 302.

La résolution du contrat de souscription aboutit à une diminution du capital social qui n'est pas régulière.

Elle anéantit en outre des actions qui ne peuvent pas être de ce fait l'objet d'une revente en bourse.

En effet, lorsque la Société ayant fait résoudre le contrat de souscription qui la liait à l'actionnaire, a repris son indépendance, elle ne remplace pas ce contrat de souscription par un autre contrat de la même nature.

Elle se contente de vendre en bourse une action dont la souscription est rétroactivement anéantie !

Comment admettre qu'une telle action — dont le principe de vie est mort — puisse renaître par la simple opération d'une vente en bourse, contrat translatif et non créateur de droits ?

Et si même on devait admettre que l'action survit à sa souscription, comment la Société peut-elle vendre en bourse des titres qui se trouvent au moment de la vente dépourvus de titulaires par suite de la résolution ?

Qu'est-ce que ces titres qui ne reposent plus sur personne ?

« Le droit de l'actionnaire envisagé sous ses deux faces, active et passive, est essentiellement un droit individuel : il l'était entre les mains de l'actionnaire actuellement déchu, il le sera de nouveau quand il reposera sur la tête d'un nouveau titulaire qui l'aura acquis.

« La difficulté est donc de dire ce qu'il est devenu dans

« l'intervalle. Il y a un vide à combler : *la théorie de la « Résolution le crée, mais est impuissante à l'expliquer »* (1).

Et cependant il est impossible de concevoir un droit sans un sujet qui le vivifie et en qui il puisse trouver sa raison d'être.

★★

On peut essayer d'écarter cette dernière objection en admettant que l'action puisse rester pendant le temps nécessaire sans aucun titulaire.

On sait en effet que la maxime « pas de droit sans sujet » a été battu en brèche par des théories modernes qui ont vu dans la notion de « patrimoine d'affectation » un moyen de concevoir des droits sans sujets déterminés.

Ces droits trouveraient alors leur principe de vie non pas dans un individu mais dans le but en vue duquel ils ont été institués (2).

On pourrait également faire appel à l'idée d'obligation à débiteur indéterminé mais déterminable, de même qu'en matière de titres au porteur on a voulu faire intervenir celle d'une obligation à créancier indéterminé (3).

Enfin, des auteurs allemands (4) ont imaginé à propos

(1) Pallu, op. cit. p. 138.

(2) Saleilles, Obligations n° 257 et s.

(3) A. Wahl : Traité théorique et pratique des titres au porteur p. 179 et s.

(4) Cosack, Lehmann, Wieland.

de la lettre de change certaines conceptions peut-être applicables à notre matière.

Ils ont parlé d'*obligation littérale*, la dette devant être considérée comme engendrée par l'écrit (contrat *litteris* romain : *forma dat esse rei*) ; d'*obligation incorporée au titre*, d'*obligation abstraite*.

Toutes ces conceptions aboutiraient à affranchir l'obligation de sa cause contingente, de l'opération qui l'a motivée et surtout de son personnel de contractants.

Il ne nous est pas possible d'examiner dans le détail chacune de ces hypothèses.

Disons seulement qu'il s'agit là des conceptions hardies qui modifieraient profondément l'économie du Droit des Obligations et que la Doctrine est toujours fidèle, à l'heure actuelle, à la vieille maxime « pas de droit sans sujet ».

Ajoutons qu'au surplus toutes ces interprétations — en admettant qu'elles se trouvent vérifiées — ne pourraient s'appliquer que très difficilement au cas qui nous intéresse.

Les droits et obligations de l'actionnaire, ainsi que nous l'avons dit, sont surtout individuels, l'engagement de répondre aux appels de fonds est accessoire, et de toute façon un titulaire sera toujours nécessaire pour exercer des droits et remplir les obligations dont l'ensemble constitue l'action elle-même.

★ ★

Puisqu'il n'est pas possible d'envisager l'action sans qu'elle soit attribuée à un patrimoine déterminé on a cherché à voir dans la Société elle-même le titulaire intermédiaire (1).

De la sorte, l'objection serait écartée : après résolution du droit de l'actionnaire défaillant, la Société prendrait sa place sauf plus tard à céder l'action à un nouveau titulaire.

Malheureusement cette solution se heurte aux règles les plus essentielles qui président au fonctionnement des sociétés.

Notre législation ne permet pas, en effet, à une Société d'être propriétaire de ses propres actions, une telle opération devant aboutir à une diminution du capital, seule garantie des tiers.

Si la jurisprudence autorise parfois le rachat de ses actions par une Société, ce n'est que dans le cas où ce rachat serait pratiqué au moyen de bénéfices ou de fonds de réserves.

Or, ce n'est nullement le cas de notre hypothèse car si la Société appelante disposait de bénéfices ou d'un fonds de réserves important, elle n'aurait pas le souci de faire libérer ses actions.

On a dit aussi, que si la Société devenait propriétaire des actions par suite de la défaillance de l'actionnaire,

(1) Bernard, op. cit. p. 37 et s.

l'obligation de sommes d'argent qui y est attachée (à savoir, la libération du quart appelé) se trouverait dans le patrimoine même du créancier puisque c'est aussi la Société qui est créancière de la libération.

Dès lors, la dette devra, dit-on, s'éteindre par *confusion* et l'on aboutira ainsi à une véritable impossibilité juridique.

Nous ne pensons pas pour notre part que ce nouvel argument ait une très grande portée.

La confusion ne doit pas être considérée comme une cause véritable et définitive d'extinction d'une obligation. Elle ne saurait être à cet égard assimilée à un paiement : *confusio potius eximit personam ad obligationem quam extinguit obligationem*.

Le débiteur est dégagé de l'obligation mais l'obligation elle-même n'est pas éteinte (1).

Aussi est-il possible qu'elle renaisse sur la tête de l'acquéreur en bourse, lorsque par suite de la revente elle sera ressortie du patrimoine de la Société.

L'impossibilité juridique n'aurait donc pas toute l'importance qu'on lui prête parfois.

Il n'en reste pas moins vrai que les règles de fonctionnement des Sociétés nous interdisent l'hypothèse d'après laquelle la Société serait le titulaire provisoire des actions, en attendant que celles-ci trouvent en bourse un acquéreur.

(1) Aubry et Rau, T. IV, § 330.

Ces développements nous amènent à conclure qu'on ne peut maintenir le capital de la Société et remplacer l'actionnaire que par le moyen « d'une réduction de capital « suivie d'une augmentation du capital réduit par de nouvelles souscriptions et non par la vente des anciennes « actions puisque celles-ci se trouvent annulées » (1).

S'il fallait que la défaillance de l'actionnaire entraînât la résolution du contrat de souscription, elle entraînerait aussi par voie de conséquence la nullité de la Société dont le capital ne serait plus intégralement souscrit.

M. Bouvier Bangillon (2) prévoyant la difficulté s'est contenté pour la résoudre d'argumenter de l'art. 3 de la loi du 1^{er} août 1893 et d'invoquer la disparition de la nullité par suite de la disparition du vice.

On sait qu'aux termes de cet article, l'action en nullité d'une Société n'est plus recevable lorsqu'avant l'introduction de la demande la cause de nullité a cessé d'exister.

On ne voit pas, nous l'avouons, comment une disposition d'intérêt essentiellement pratique puisse être invoquée au cours d'une discussion purement spéculative.

Et d'ailleurs, le pourrait-elle, qu'il n'en faudrait pas moins admettre que la Société devient nulle chaque fois que la clause d'exécution en bourse inscrite dans ses statuts vient à jouer.

(1) Houpin, J. des Soc. civ. et comm. 1931, p. 396.

(2) Note Pand. fr. 1896.1.369.

Obtenir un tel aveu des partisans de la théorie de la Résolution ne pourrait à notre avis que la condamner.

★★

La gravité de l'objection n'a pas non plus échappé à M. Bernard, le savant défenseur de la théorie de la Résolution.

Il avoue expressément « que cette explication (le pacte commissoire) se heurte à un obstacle réel mais qui ne semble pas insurmontable ».

Après avoir constaté, comme nous l'avons fait nous-même, qu'il n'était pas possible de voir dans l'exécution en bourse, ni la revente par la Société d'une action sans titulaire, ni la revente d'une action dont le titulaire serait la Société elle-même, M. Bernard tourne, non sans beaucoup d'élégance, la difficulté.

Abandonnant l'idée d'une cession, il propose de voir dans l'opération de la revente en bourse une *offre de souscription* :

« De cette façon le nouveau titulaire ne sera pas l'ayant-cause de l'actionnaire défaillant, ce qui est conforme à la notion de résolution, et de plus, nous échapperons aux objections tirées de l'anéantissement des obligations attachées à l'action, soit par suite du défaut de titulaire, soit en conséquence d'une confusion, le titulaire étant la Société : l'ancienne action disparaît, pour renaître ensuite sous une forme nouvelle ; il y a appel à un sous-

« cripteur à l'instar de ce qui s'est passé au début même « de la formation de la Société » (1).

On expliquerait évidemment ainsi, que la résolution n'entraînât pas de diminution du capital social, le nouvel acquéreur assumant les mêmes obligations auxquelles s'est soustrait le titulaire récalcitrant, sauf en ce qui concerne la dette de la partie du non-versé dont l'appel a provoqué sa déchéance.

Il est malheureusement difficile à M. Bernard de justifier cette souscription d'une action nouvelle en plein fonctionnement de la Société.

Il se contente de dire que la clause des statuts a prévu cette opération qui n'altère en rien la constitution de la Société — affirmation fort sujette à caution car il n'est pas permis de penser qu'une clause conventionnelle puisse modifier les dispositions essentiellement impératives des lois qui régissent la constitution des sociétés de capitaux.

A vrai dire, il est difficile de voir l'analogie qui peut exister entre la vente pour cause d'exécution en bourse et une offre de souscription.

Et d'ailleurs, en admettant même que cette construction juridique puisse se concevoir, elle ne ferait que reculer la difficulté sans nullement la supprimer.

Car enfin, s'il s'agit d'une souscription nouvelle se

(1) Bernard, *op. cit.* p. 39.

substituant à l'ancienne, ne doit-on pas la soumettre aux règles de vérification et de contrôle imposées par la loi ?

Une nouvelle déclaration de souscription et de versement ne sera-t-elle pas nécessaire ?

Et s'il s'agit d'une Société anonyme ne faudra-t-il pas la soumettre à une assemblée générale constituée dans les termes de l'art. 4 de la loi du 24 juillet 1867 ?

Plus qu'une autre, en effet, cette souscription tout à fait anormale, n'a-t-elle pas besoin d'être examinée et approuvée par les actionnaires ?

Ajoutons enfin qu'elle serait la plupart du temps nulle comme étant émise au-dessous du pair car le taux des actions, même libérées, n'atteindra que très rarement leur montant nominal lors de la revente en bourse.

L'explication d'une offre de souscription n'apporte donc pas le secours que M. Bernard en attendait.

La nullité de la Société reste la conséquence immédiate et logique du système de la résolution.

Mais ce n'est pas tout et nous allons maintenant en venir aux objections tout aussi graves sinon d'une autre nature que soulève la notion de clause pénale.

§ 2. — *Objections tirées de la notion de clause pénale.*

La clause d'exécution en bourse ne s'analyse pas seulement en un pacte commissaire.

Elle contient aussi, d'après la théorie de la résolution, une clause pénale forfaitaire :

« La partie défaillante, malgré la fiction légale qui « abolit la dette jusque dans son principe, continue à devoir « une indemnité pour le préjudice qu'elle a déterminé » (1).

Les parties ont fixé à forfait les dommages-intérêts de résolution au moment de la passation du contrat.

Cette évaluation a été faite de la façon suivante :

On a tout d'abord prévu que les quarts déjà versés par l'actionnaire resteront acquis à la Société.

L'actionnaire restera tenu, de plus, de la différence entre le montant de l'appel de fonds et le prix de revente en bourse.

Supposons une action de 500 francs libérée de moitié, soit de 250 francs.

Un appel de fonds du troisième quart de 125 francs a été adressé en vain à un actionnaire.

La Société revend aussitôt cette action en bourse et en retire, par exemple, un prix de 100 francs.

Les dommages-intérêts de résolution vont comprendre :

1°) les 250 francs déjà versés ;

2°) les 25 francs représentant la différence entre l'appel de fonds (125 francs) et le prix de revente obtenu en bourse (100 francs).

Deux éléments tout à fait distincts apparaissent donc, qui viennent composer ces dommages-intérêts.

(1) Thaller note sous D. 86.2.89.

Le premier est prévisible alors que le second est au contraire essentiellement variable et incertain.

Son montant va dépendre en effet, non pas de la volonté des parties contractantes mais uniquement du cours en bourse des actions de la Société appelante.

Et l'on sait les causes infiniment complexes et variées qui déterminent le prix d'un titre sur un marché.

Selon que la défaillance de l'actionnaire se sera produite, par exemple, en période de crise ou de prospérité économique, les dommages-intérêts de résolution seront plus ou moins importants.

Ceci dit, l'objection suivante vient à l'esprit :

Une pareille incertitude dans le *quantum* des dommages-intérêts n'est-elle pas précisément contraire à l'idée d'un forfait ?

Qui dit forfait dit concessions mutuelles et réciproques consenties par tous dans le but de garantir l'avenir.

Or ici, l'évaluation prévue par la clause sera aléatoire pour l'actionnaire tandis qu'elle donnera toutes les garanties possibles à la Société.

Comment admettre que l'actionnaire ait, dans ces conditions, voulu une clause pénale qui ne limite en aucune façon sa propre responsabilité ?

Bien loin de la limiter, elle l'aggrave en effet.

Les peines sont de droit étroit et il est de règle pour les tribunaux de se montrer réservé dans l'allocation de

dommages-intérêts et circonspect dans l'interprétation des clauses pénales.

Le Juge apprécie souverainement le préjudice : l'art. 1231 du Code civil lui donnera même le droit de tempérer la peine prévue par les parties en cas de commencement d'exécution.

Il paraît donc difficile de voir un forfait aussi sévère dans la clause des statuts qui ne le prévoit même pas.

Il convient d'ailleurs de remarquer qu'en ce qui concerne le premier chef de dommages-intérêts, — le seul prévisible — on aboutit à des résultats tout à fait illogiques.

La peine sera d'autant plus élevée qu'une plus grande partie de l'obligation aura déjà reçu son exécution.

Si, en effet, la résolution a lieu lors de l'appel du deuxième quart, la Société ne conservera que le premier quart à titre de dommages-intérêts.

Si, au contraire, la résolution a lieu lors de l'appel du dernier quart, alors que le contrat de souscription est déjà exécuté pour la plus grande partie, la Société n'en conservera pas moins à titre de dommages-intérêts, les trois quarts précédemment libérés.

Qu'on ne vienne pas dire que, dans ce cas, le deuxième chef de dommages-intérêts compense par sa modicité ce manque de proportion dans la peine. Le prix de revente en bourse, nous l'avons dit, ne dépend que pour une part infime du fait que l'action est plus ou moins libérée.

Mais ce n'est pas tout.

L'idée de clause pénale n'explique pas non plus la stipulation fréquente en pratique qui fait profiter l'actionnaire de l'excédent produit par la vente de ses titres quand le montant de la réalisation en bourse dépasse le montant de l'appel de fonds.

Puisqu'il y a résolution du contrat de souscription, l'action n'appartient plus à l'actionnaire, elle est même censée ne lui avoir jamais appartenue.

Pourquoi, dès lors, profiterait-il de l'excédent ?

Certains auteurs (1) se contentent de dire qu'il y a lieu de modifier sur ce point les formules usitées dans les statuts.

C'est avouer, à notre avis, que l'idée de résolution n'explique pas la clause d'exécution en bourse *telle qu'elle est actuellement en vigueur*.

Une construction juridique, dont le but est d'expliquer un fait, doit le considérer tel qu'il se présente. Dès l'instant qu'elle a besoin de le modifier pour pouvoir le légitimer, son efficacité devient plus que douteuse.

Ce sera la conclusion de ce paragraphe qui nous a fait apparaître, lui aussi, de sérieuses objections à la théorie de la Résolution.

(1) Thaller note sous D. 86.2.89, — Bouvier Banvillon, note sous Pand. fr. pér. 1896.1.369. — Labbé note sous S. 88.1.403.

§ 3. — *Objections tirées des conséquences pratiques de la Résolution.*

Enfin, la théorie de la Résolution aboutirait à des conséquences pratiques qui retireraient le plus grand intérêt au pacte d'exécution en bourse.

★★

Nous avons dit que lorsqu'un actionnaire ne répondait pas à un appel de fonds, la Société conservait *jusqu'au jour de la réalisation* en bourse l'option entre l'action personnelle et l'action réelle que lui donne la clause d'exécution en bourse.

C'est là une solution admise par la pratique et validée par la Jurisprudence.

Or, cette particularité du mécanisme de l'exécution en bourse ne va pas être compatible avec la conception de la résolution.

A quelle date en effet la résolution du contrat de souscription intervient-elle ?

Cela dépendra évidemment de la rédaction de la clause des statuts.

Ou bien la résolution aura lieu de plein droit à l'expiration du délai imparti aux actionnaires en retard, ou bien elle résultera d'une manifestation de volonté de la Société exprimée par une lettre recommandée ou un acte extra-judiciaire.

Quoi qu'il en soit, la résolution aura toujours lieu

avant qu'il soit procédé à la revente en bourse, cette formalité devant être considérée comme tout à fait distincte de la résolution.

Dès lors, comment admettre que malgré l'effet résolutoire, la Société ait encore la faculté d'exercer contre l'actionnaire en retard une action personnelle en libération des quarts appelés ?

Il ne devrait plus être question d'option pour la Société dès l'instant que la clause a produit son effet : l'actionnaire récalcitrant perd sa qualité non pas *ex nunc* mais *ex tunc*, il est censé n'avoir jamais eu aucun droit dans la Société.

Cette difficulté ne semble pas avoir retenu l'attention de M. Bernard. Il dira bien « qu'au fond c'est la revente qui opère la résolution » ; mais pour en arriver à cette conclusion il lui faudra invoquer une hypothèse des plus critiquables.

Considérant l'anéantissement des droits et obligations de l'actionnaire comme ayant un caractère conditionnel, il dira « que cet anéantissement est subordonné à la condition suspensive de la souscription d'un nouveau titulaire » (1).

S'il devait s'agir d'une résolution conditionnelle, la Société conserverait effectivement jusqu'au jour de la réalisation — *pendante conditione* — le droit de réclamer l'exécution du contrat.

Mais vouloir soumettre une résolution résultant déjà

(1) Bernard, op. cit. p. 40.

d'une condition résolutoire à une autre condition, suspensive cette fois-ci, et purement tacite, n'est-ce pas rechercher la complexité à tous prix ?

Et d'ailleurs, il paraît difficile de conditionner une résolution qui a sa cause dans un fait précis et prévu (la défaillance de l'actionnaire), à un autre fait entièrement indépendant de la volonté de la Société et de celle de l'actionnaire (l'achat en bourse de l'action par un amateur).

La déchéance des droits d'un actionnaire dans une Société ne saurait dépendre de la volonté d'un acquéreur éventuel.

En réalité, s'il y a résolution, celle-ci doit intervenir au moment même de la défaillance du souscripteur, et dès cet instant, il devient impossible de le poursuivre en justice en exécution de ses engagements.

Le jeu de la clause d'exécution, tel que l'ont établi les nécessités de la pratique, ne s'accorde donc pas non plus sur ce point avec la théorie de la résolution.

★★

Nous allons enfin voir que cette théorie, en dégageant l'actionnaire de toute obligation pour l'avenir, aboutit le plus souvent à des résultats désavantageux pour la Société, tandis qu'ils profiteront au contraire à l'actionnaire défaillant.

Pour ce faire, il faut se rappeler les caractères de l'action non libérée.

Cette action constitue bien un élément actif du patrimoine de celui qui l'a souscrite, mais elle porte aussi en elle-même le germe certain et cependant indéterminé dans le temps d'une obligation de somme d'argent.

La Loi n'a pas voulu que le souscripteur puisse se soustraire à cette obligation en se débarrassant de l'action.

S'il vient à la vendre, il restera tenu pendant deux années des appels de fonds que pourrait éventuellement lancer la Société (Art. 3 de la Loi du 24 juillet 1867 modifiée par celle du 1^{er} août 1893).

Et c'est ainsi que l'action non libérée apporte dans un patrimoine un caractère d'incertitude qui pourra devenir redoutable ; ce sera comme une sorte de boulet que traînera aux pieds le souscripteur et dont il ne pourra se débarrasser, quoiqu'il fasse.

Or, supposons qu'une exécution en bourse survienne à l'occasion de l'appel d'un deuxième quart.

Si l'on considère cette exécution en bourse comme l'effet de la résolution du contrat de souscription, il faut admettre que l'actionnaire devient totalement étranger à la Société, que les liens qui l'unissaient à elle sont à jamais anéantis.

Il en résulte que si la Société vient à appeler les troisièmes et quatrièmes quarts dans les deux années de la revente en bourse, l'actionnaire déchu ne pourra plus être recherché par la Société.

On en viendra alors à priver la Société d'une garantie que la Loi avait cependant tenu à lui conserver.

Cette conséquence ne sera pas seulement contraire aux principes de la responsabilité des actionnaires que nous venon de rappeler.

Ce pourra être aussi un moyen mis au service d'un actionnaire soucieux de se dégager d'une souscription qui l'inquiète pour l'avenir.

Il lui suffira de faire la part du feu en ne répondant pas à l'appel du premier quart.

C'est ainsi que le pacte d'exécution en viendra à desservir la Société au profit de l'actionnaire, contrairement au but que lui a assigné la pratique.

★ ★

Il nous resterait maintenant à montrer que la théorie de la résolution est incapable de faire produire effet à la clause en cas de faillite d'un actionnaire, mais cette question, très importante, fera l'objet d'un chapitre spécial.

Aussi concluons-nous dès maintenant que l'idée d'une résolution ne nous paraît pas pouvoir légitimer la clause d'exécution en bourse.

Ses partisans semblent se placer en dehors des réalités de la Vie économique et appliquent à un Fait déterminé un cadre juridique qui n'est pas fait pour lui.

Il faut donc s'étonner que cette conception ait aujourd'hui la faveur de la grande majorité de la Doctrine.

Examinant, maintenant, dans une troisième section les échos qu'elle a trouvés dans la Jurisprudence, nous allons constater que l'idée de résolution a été également bien accueillie par celle-ci.

SECTION III

La théorie de la résolution et la jurisprudence

Nous avons déjà dit que la Jurisprudence ne s'était préoccupée de la nature juridique du pacte d'exécution en bourse que lorsque la Cour suprême avait eu posé le problème du maintien de ce pacte en face d'une faillite.

Le 16 décembre 1896, la Cour de Cassation constatait, en effet, que la créance de libération étant une créance ordinaire, prenait naissance à l'époque même de la souscription initiale.

Sans s'arrêter à la rigueur de la solution, elle décidait qu'un concordat obtenu par l'actionnaire était opposable à la Société et que celle-ci devait libérer ses actions en se contentant d'un dividende de 2 % (1).

Cet arrêt conduisait logiquement à la déchéance de la clause d'exécution en bourse en cas de faillite : l'ère des constructions juridiques était désormais ouverte.

(1) Cass. 16 déc. 1896 — D. 97.1.314, — S. 99.1.5, — Gaz. du Pal. 97.1.69.

Il faudra attendre longtemps avant qu'une décision judiciaire adopte l'idée d'une résolution.

A dire vrai, dès 1895, la Cour de Cassation prononçait le mot de « résolution », mais il n'était pas possible de donner alors à ce mot la portée d'une interprétation juridique (1).

C'est seulement en 1927 que la Cour de Paris voit dans l'exécution en bourse « une action réelle ayant sa « source dans l'art. 1184 du Code civil, lequel prononce la « résolution des contrats synallagmatiques pour inexécution des obligations du débiteur » (2).

Mais c'est surtout un arrêt de la Cour de Gand du 8 janvier 1925 qu'il nous faut citer (3).

Cet arrêt rendu sur les très intéressantes conclusions de Monsieur l'Avocat Général Scèneers s'est, en effet, fait l'écho de toutes les opinions émises par la Doctrine et nous ne pouvons mieux faire que de reproduire les considérants essentiels de cette décision très fortement motivée :

« Attendu que les conventions obligent à toutes les « suites que l'équité et l'usage leur donnent, d'après leur « nature (art. 1136 du Code civ.).

« Attendu, d'une part, que la clause d'exécution en « bourse se différencie de la condition résolutoire tacite de

(1) Cass. 11 juil. 1895 — Gaz. du Pal. 95.2.460.

(2) Paris 22 oct. 1927 — Gaz. du Pal. 27.2.741, — J. des Trib. de comm. 1928 p. 288.

(3) Journ. des fail. 1926 p. 211, — Rev. des soc. 1926 p. 276.

« l'art. 1184 par cette première circonstance que la résolution ne doit pas être poursuivie en justice.

« Attendu que le pacte commissaire exprès répondant exactement à cette donnée, il en faut conclure que c'est là un des éléments de la convention avenue entre parties ; que si le pacte commissaire doit être exprès, il ne doit pas être explicitement énoncé, une volonté étant suffisante à cet égard.

« Attendu, d'autre part, que le contrat étant résolu, la Société reprend la libre disposition de tous les droits souscrits par le sociétaire défaillant ; que, par la réalisation en bourse, elle en dispose au mieux des intérêts de ce dernier, puisque, toujours en vertu du droit commun, il reste tenu des dommages-intérêts du fait de ne pas avoir effectué les versements auxquels il était obligé d'après le contrat de souscription, dommages dont la valeur est exactement du non versé, diminué du produit de la réalisation en bourse.

« Attendu, quant au second élément de la clause d'exécution, à savoir : la rétention par la Société des versements régulièrement effectués, qu'il faut y voir une stipulation parfaitement équitable et, au demeurant, une pure simplification de procédure, le montant des versements venant en déduction des dommages-intérêts dont la Société ne peut manquer de devenir créancier si la justice est appelée à y statuer ; que, pour qualifier en droit cet élément de la clause litigieuse, il faut interpréter

« celle-ci comme contenant la stipulation d'une clause pénale forfaitaire.

« Qu'à la vérité, au premier abord, cette clause pénale semble injuste, comme s'aggravant en raison inverse de la mesure dans laquelle le sociétaire a négligé ses obligations mais que l'objection perd presque toute portée quand on envisage cette conséquence que les versements acquis et conservés par la Société diminuent d'autant le montant des dommages-intérêts restés dus

« Attendu, il est vrai, que certaines expressions employées par les administrateurs de la Société appelante et certains termes de la clause litigieuse semblent se référer à un mandat, mais qu'il faut les interpréter conformément à la volonté des parties, laquelle a été dirigée vers un résultat économique et non vers une notion purement juridique.

« Que ces parties ont pu aisément se tromper, à cet égard, dans une matière qui provoque et en France et en Belgique, les discussions les plus subtiles de la Doctrine.

« Attendu qu'il est exact que pendant un temps plus ou moins long, les actions vendues en bourse sont, par suite de l'effet résolutoire du pacte commissaire, restées sans titulaire ; mais que cette situation irrégulière et d'ailleurs, de pure théorie, n'a été ni voulue ni provoquée par les administrateurs, et est le fait de l'actionnaire ; que la Société s'est efforcée d'éviter cette éventua-

« lité, connue par l'expérience comme trop fréquente, et
« d'y remédier automatiquement et simplement dans la
« mesure possible quand elle se présentait.

« Qu'au surplus, la réalisation en bourse des droits
« sociaux de l'actionnaire défaillant a provoqué avec un
« nouvel actionnaire un nouveau contrat de souscription
« qui a effacé, s'il y en a eu, les vices temporaires de
« l'opération

On voit toute l'ampleur que cet arrêt a donné à la discussion.

Aussi ne doit-on pas s'étonner qu'il ait eu en France des répercussions et qu'il ait notamment inspiré un nouvel arrêt de la Cour de Paris le 12 mai 1930.

Ce dernier arrêt qui a essayé de remédier aux difficultés que soulève l'idée d'une résolution en y substituant celle d'une résiliation, sera analysée dans un chapitre spécial.

★
★★

Quant à la Cour de Cassation, elle a expressément condamné la théorie de la Résolution.

Un arrêt de la Chambre des Requêtes du 8 juin 1915 (1) vient dire en effet que « le droit reconnu à la Société de
« faire vendre les titres non entièrement libérés par le
« souscripteur ne repose pas sur une véritable résolution
« avec effacement rétroactif de la souscription, *ce qui se*

(1) Cass. 8 juin 1915, D. 16.1.206.

« rait incompatible avec le double principe que le capital social doit être et rester intégralement souscrit, et que la Société ne peut juridiquement devenir propriétaire de ses propres actions et les revendre, le rachat pour annulation et amortissement étant seul permis ».

La Cour de Cassation va avoir incessamment à se prononcer à nouveau sur la théorie du pacte commissaire.

Il est permis de se demander si après en avoir fait elle-même une critique aussi judicieuse et définitive, la Cour suprême pourra revenir sur son opinion et adopter cette fois-ci l'explication.

CHAPITRE IV

THÉORIE DE LA RÉSILIATION

Tout récemment, le 12 mai 1930, un arrêt rendu par la Troisième Chambre de la Cour d'Appel de Paris (1) a cherché à effacer l'effet rétroactif de la résolution et à abandonner la notion de clause pénale qu'implique le système de la résolution lorsqu'il suppose que les quarts déjà versés restent acquis à titre de dommages-intérêts.

D'après cette décision, l'exécution en bourse n'entraînerait pas la résolution proprement dite du contrat de souscription, mais plutôt la *Résiliation*, c'est-à-dire *l'effacement du contrat pour l'avenir seulement*.

M. l'Avocat général Chartrou dont les conclusions (2) ont entraîné l'opinion de la Cour s'est en effet demandé si la rétroactivité était une conséquence absolument nécessaire du pacte résolutoire.

« Je ne le crois pas, dit-il, et voici pourquoi. Toute « la Doctrine, comme du reste la Jurisprudence, fait dans

(1) Journ. des soc. civ. et comm. 1931 p. 411.

(2) Gaz. du Pal. 30.2.131.

« les contrats synallagmatiques une distinction entre les
« contrats instantanés qui s'exécutent en un trait de temps
« et les contrats successifs qui se renouvellent sans cesse
« jusqu'à l'expiration de la convention.

« La rétroactivité, disent ces auteurs, ne se comprend
« que pour les premiers contrats, les contrats simultanés,
« parce que l'effacement du passé, sous forme de résolu-
« tion de la prestation, est nécessaire pour sauvegarder les
« intérêts du créancier ;

« Au contraire, dans les contrats synallagmatiques
« successifs, les intérêts du créancier sont suffisamment
« sauvegardés par la mise à néant du contrat pour l'ave-
« nir. D'autre part, dans les contrats de ce genre, les faits
« passés sont généralement ineffaçables ».

M. l'Avocat Général Chartrou en arrive ainsi à examiner le contrat de souscription dans lequel il voit un contrat successif :

« A mon sens, le contrat de souscription est un con-
« trat successif, parce qu'il comporte pour la Société et
« pour le souscripteur des droits et des obligations nom-
« breux et complexes qui durent tant que dure la Société
« elle-même.

« La Société doit faire participer le souscripteur à
« ses bénéfices, lui réserver sa part d'actif social au mo-
« ment où elle prend fin. Elle doit le convoquer aux assem-
« blées générales, lui rendre compte, solliciter ses votes et
« ses directives conformément aux statuts et à la Loi.

« Quant au souscripteur, il doit sans doute payer sa
« part du capital social ; mais quand il a payé, il n'a ni
« exercé tous ses droits ni rempli toutes ses obligations.
« Il doit participer aux bénéfices, toucher des dividendes,
« subir les pertes, prendre sa part d'actif social, participer
« constamment à la gestion, assister aux assemblées, exer-
« cer sa surveillance conformément aux statuts, nommer
« les administrateurs, il peut même poser sa candidature
« à l'administration de la Société.

« Au fond, qu'est-ce que le souscripteur ? c'est un
« associé et le contrat de souscription est une convention
« qui donne lieu à un échange de prestations pendant toute
« la durée de la Société. C'est donc un contrat successif ».

Il apparaît de suite que l'énumération relative aux droits et obligations du souscripteur procède d'une confusion entre les deux mots « droit » et « obligation ».

Aucune des opérations indiquées ne constitue pour l'actionnaire une obligation proprement dite.

La meilleure preuve en est que le fait pour l'actionnaire de se dispenser de l'une d'elles ne saurait en aucune façon lui faire perdre sa qualité d'actionnaire.

En réalité seuls ses droits sont successifs car il n'a pas d'autre obligation que d'effectuer son apport.

Mais nos critiques ne doivent pas se borner à cette constatation, nous devons aller plus loin et nous attaquer à la notion même de résiliation.

Toute la théorie de la Cour de Paris présuppose que le contrat de souscription est un contrat successif.

Or, ce contrat ne nous semble pas répondre à la notion précise et étroite que nous nous faisons du contrat successif.

★ ★

Qu'est-ce en effet qu'un contrat successif ?

C'est un contrat qui comporte des prestations successives auxquelles correspond la naissance d'obligations successives.

Nous en trouvons un exemple typique dans le contrat de louage : à chaque période de temps durant laquelle la chose est mise à la disposition du locataire correspond l'obligation pour le locataire de payer un loyer afférant à cette période.

Ou bien encore dans le contrat de vente à livrer : à chaque livraison fractionnelle à effectuer par le vendeur correspond l'obligation pour l'acheteur de prendre et payer cette livraison fractionnelle.

Mais est-ce qu'un contrat est successif par le seul fait qu'il engendre des obligations qui, fussent-elles complexes, s'exécuteront successivement et parce que ce contrat, suivant la définition que semble en donner la Cour, serait : « un contrat à prestations successives » ?

Le prétendre serait admettre que tous les contrats synallagmatiques sont des contrats successifs quand les obli-

gations qu'ils engendrent au moment de leur formation sont différées dans leur exécution.

Ce serait commettre une erreur analogue à celle qui consisterait à confondre un terme et une condition suspensive.

A notre avis, un contrat n'est pas un contrat successif par le seul fait qu'il comporte l'exigibilité successive d'obligations incombant à l'une des parties, voire même à toutes les deux.

S'il en était ainsi, en effet, bien rares seraient les contrats instantanés.

La vente d'une chose — contrat qui semble constituer par excellence le type du contrat instantané — comporte presque toujours des obligations successives à la charge d'une des parties et le plus souvent à la charge des deux.

Bien que la vente soit parfaite dès le moment où l'accord existe sur la chose et le prix, et que toutes les obligations des parties soient contractées à ce moment, le vendeur, même après qu'il a livré la chose reste tenu à l'obligation de garantie.

L'acheteur de son côté, à moins qu'il n'ait payé comptant, reste tenu de payer tout ou partie de son prix.

Pour qu'il y ait contrat successif, il faut donc, non que les obligations que ce contrat fait naître, se succèdent simplement les unes aux autres, *mais que ce soit chacune des prestations successives, opérées en exécution de la*

convention, qui fasse naître l'obligation corrélatrice que doit exécuter le bénéficiaire de cette prestation.

Reprenons nos exemples de tout à l'heure.

Dans le bail, il faut que le bailleur ait fait jouir le locataire pendant un certain laps de temps pour que naisse l'obligation du locataire de payer le loyer correspondant.

Il faut, dans la vente à livrer, que l'une des parties livre une des fractions convenues pour que l'autre partie ait à remplir les obligations corrélatrices qui concernent cette fraction livrée.

Le contrat de souscription répond-il à cette définition ?

Nullement. A partir du moment où le contrat s'est formé, le souscripteur devient membre de la Société jusqu'à la fin de l'existence de celle-ci.

Sans doute les obligations de la Société s'exécuteront successivement dans le temps, mais ces obligations sont immédiatement nées.

Elles ne prennent pas naissance lors de la clôture de chaque exercice social s'il s'agit de recevoir des dividendes, ni lors de la tenue de chaque assemblée s'il s'agit de prendre part à cette assemblée.

Les obligations préexistent à ces événements et c'est seulement leur application qui est différée jusqu'au moment où ils s'accomplissent.

En d'autres termes, les obligations de la Société ne sont que les obligations dérivées d'une obligation princi-

pale unique qui consiste à conférer au souscripteur la qualité d'actionnaire.

D'autre part, du point de vue de l'actionnaire, son obligation unique (la libération de son apport) ne s'exécutera que successivement dans le temps si la société lui a consenti des délais pour libérer sa souscription.

Mais ce n'est pas parce que ce souscripteur n'a libéré ses actions que du quart qu'il n'est qu'un quart d'associé.

Nous avons précisé dans notre introduction, en étudiant la nature juridique de l'appel de fonds, ce caractère immédiat et définitif du droit conféré au souscripteur.

Le souscripteur, dès le jour où il souscrit, entre dans la Société comme un associé total.

S'il ne verse pas immédiatement les deuxième, troisième et quatrième quarts de sa souscription, ce n'est pas parce que son obligation de les verser n'est pas encore née.

Il les doit par le seul fait de sa souscription ; s'il ne les a pas encore versés, c'est parce qu'il lui a été accordé, comme à l'acheteur à terme d'une chose, des délais pour se libérer.

★★

Nous ne concevons pas enfin un contrat successif sans une exécution de ce contrat *par tranches*.

Quand un véritable contrat successif, un bail par exemple, est résilié en cours de faillite, pourquoi le bailleur ne rembourse-t-il pas à la faillite les sommes qu'il avait encaissées antérieurement ?

C'est parce que ces sommes correspondent à la tranche du contrat qui avait déjà à cette date reçu son exécution.

En cas d'exécution en bourse, le premier quart versé par le souscripteur dont la souscription est résiliée correspond-il à une tranche du contrat ?

Il semble que la Cour de Paris — logique dans les conséquences de son point de vue — l'ait admis lorsqu'elle a parlé « d'exécution partielle déjà reçue », et qu'elle n'a plus considéré ce premier quart comme un des deux éléments de dommages-intérêts.

Pour elle, la Société garde ce quart au moment de la résiliation pour la raison que ce quart représenterait la contre-partie de celles de ses obligations que la Société aurait déjà remplies jusqu'au jour de la résiliation de son contrat avec le souscripteur récalcitrant.

Il est impossible de soutenir que, comme suite au versement qu'il a fait d'un quart seulement de sa mise d'associé, l'actionnaire a, au moment où la résiliation de son contrat de souscription va être prononcé, reçu ou pu recevoir le quart des avantages que la Société, dans le passé et dans l'avenir, aura attribué et attribuera à ceux de ses associés qui auront intégralement libéré leur souscription.

La clause d'exécution en bourse peut jouer à un moment quelconque au cours du fonctionnement du contrat de Société ; elle peut manifester ses effets avant que la

Société ait distribué aucun dividende à ses actionnaires et même avant qu'elle ait tenu aucune assemblée autre que celle de constitution.

Ces développements nous amènent à conclure que le contrat de souscription n'est pas un contrat successif.

S'il fallait donc envisager une rupture du contrat pour inexécution de ses obligations par le souscripteur, il ne pourrait s'agir d'une résiliation comme le pense la Cour de Paris mais bien d'une résolution proprement dite avec tous les effets qu'elle comporte.

L'arrêt du 12 mai 1930 est sur le point d'être soumis à l'appréciation de la Cour de Cassation ; nous ne croyons pas qu'elle puisse adopter en tout état de cause les considérants de la Cour d'Appel quant à sa conception d'une résiliation sans rétroactivité et d'une exécution partielle du contrat de souscription.

★ ★

Il est à peine besoin d'ajouter que la notion de résiliation ne supprimerait nullement — en admettant qu'il fût possible de l'adopter — les difficultés nombreuses auxquelles se heurte, nous l'avons vu, le système de la résolution.

M. l'Avocat Général Chartrou a bien essayé de répondre à l'une des objections principales, à savoir qu'une partie du capital restait sans titulaire à compter du jour de la résiliation jusqu'à celui de la vente en bourse.

Il a considéré « que l'acheteur en bourse prenait rétro-
« activement la place du souscripteur au moment où celui-
« ci l'a abandonnée, c'est-à-dire au moment de la résilia-
« tion ».

Il procède malheureusement par simple affirmation
sans apporter aucune justification à l'appui de ce qu'il
avance.

Et, comme on l'a très justement fait observer : « On
« peut s'étonner qu'après avoir écartée la fiction de la rétro-
« activité sur laquelle est appuyée la thèse de la Résolu-
« tion en faisant remarquer qu'il ne faut pas s'exagérer
« les conséquences des fictions juridiques, on en invoque
« précisément le bénéfice dans un autre domaine » (1).

Toutes les difficultés subsistent en réalité, et nous
devons en conclure que pas plus que celui de la Résolution,
le système dérivé de la résiliation n'est capable de légitimer
la clause d'exécution en bourse.

★★

Il nous reste maintenant, pour en avoir terminé avec
la conception du pacte commissoire, à considérer les ré-
sultats qu'on en peut attendre en cas de faillite d'un
actionnaire.

(1) Houpin, J. des soc. civ. et comm. 1931 p. 397.

CHAPITRE V

DES EFFETS DE LA THÉORIE DU PACTE COMMISSOIRE (RÉSOLUTION ou RÉSILIATION) EN CAS DE FAILLITE DE L'ACTIONNAIRE

Nous nous proposons d'examiner dans ce chapitre le sort de la clause d'exécution en bourse, *conçue comme un pacte comissoire*, en cas de faillite d'un actionnaire.

Nous ferons, bien entendu, abstraction des difficultés qui nous ont fait repousser dans les deux chapitres précédents le système de la résolution et celui, dérivé, de la résiliation.

Nous supposerons pour les besoins de notre raisonnement la théorie du pacte comissoire admise sans qu'il soit même possible de la discuter.

★
★★

Lorsque la faillite d'un actionnaire a été déclarée, il n'y a pas lieu de distinguer si un appel de fonds a été, ou non régulièrement lancé par la Société à tous ses actionnaires.

Nous avons dit (1) qu'aux termes d'une Jurisprudence aujourd'hui bien établie, il suffisait d'une manifestation de volonté de la part de la Société pour que l'appel de fonds fût considéré comme régulier vis-à-vis du failli.

La créance de libération étant une créance de somme d'argent affectée de la modalité d'un terme, et la faillite ayant pour effet d'entraîner la déchéance du terme, cette solution jurisprudentielle n'est en somme que la conséquence logique des principes généraux du droit en cette matière.

Ceci dit, les adversaires de la théorie de la Résolution refusent à l'unanimité l'exercice de la clause d'exécution contre une faillite si on doit l'analyser en un pacte com-missoire.

On peut ainsi résumer le raisonnement qu'ils apportent à l'appui de ce refus :

La masse des créanciers représentée par le Syndic se trouve en face de la Société, créancière ordinaire ; son prétendu droit de résolution qui résulterait de la clause n'équivaut pas à une garantie ou droit spécial lui permettant de se soustraire aux effets de la faillite qu'impose l'ordre public.

Le paiement en monnaie de dividende est la loi commune, s'imposant à tous les créanciers s'ils ne sont munis d'une sûreté qui, seule, peut les y soustraire.

(1) Voir Supra p. 5.

En offrant à la Société de produire au marc le franc pour sa créance de libération, le Syndic aura rempli toutes les obligations de la masse.

A considérer d'un peu près les choses, on aperçoit vite tout ce qu'un tel raisonnement a de superficiel.

Certes, nous allons rencontrer des difficultés dans l'application du pacte commissaire en cas de faillite, mais elles seront d'une toute autre nature.

Il est certain que la Société ne peut pas se baser sur le fait que le paiement en monnaie de dividende ne constitue qu'un paiement partiel et que l'exécution partielle d'un contrat peut, aux termes de l'art. 1184, servir de base à une résolution.

Ce droit de faire résoudre, s'il était reconnu, devrait l'être également à presque tous les créanciers et l'on ne tarderait pas à aboutir à l'anéantissement du patrimoine du failli.

Nous avons cependant considéré la situation tout à fait injuste qui résulterait en fait d'un paiement au marc le franc.

Comment admettre que le Syndic puisse valablement libérer les actions en monnaie de dividende pour les réaliser aussitôt après à leur valeur réelle ?

N'y aurait-il pas là un enrichissement sans cause au profit de la masse qu'à défaut d'autres moyens la Société pourrait invoquer ?

Sans doute, mais la Société aura certainement mieux que l'action *de in rem verso* par trop subsidiaire.

Il suffit de considérer le caractère synallagmatique du contrat de souscription et de s'en rapporter aux théories qui déterminent les effets des contrats synallagmatiques devant une faillite.

L'œuvre est importante de la Jurisprudence et de la Doctrine en cette matière et nous devons la rappeler d'un mot.

★★

Le droit de rétention opposable à la faillite a été le moyen qui a permis de considérer parfois la faillite comme une cause de résolution de certains contrats synallagmatiques : « Les contrats qui n'impliquent pas forcément l'intervention personnelle du failli, qui peuvent à la rigueur être exécutés par d'autres que par lui, par les représentants de ses créanciers notamment et qui d'autre part sont de nature à avoir une répercussion sur son patrimoine » (1).

Le point de départ est, disons-nous, le *droit de rétention*.

Ce droit pour un contractant de retenir sa propre prestation tant que celle à lui promise en retour ne lui a pas été entièrement fournie, subsiste incontestablement en cas de faillite et pourra être opposé à la masse.

(1) Bonnichon, Thèse Paris 1900, p. 56.

Les Codes civil et de commerce ont, en effet, expressément reconnu l'existence d'un droit de rétention au profit du vendeur (art. 1612 et 577 Code de Comm.), du créancier gagiste (art. 2082 et 2087 c. civ.), du dépositaire qui au jour de la faillite du déposant se trouve créancier de celui-ci à raison de frais faits pour la conservation de la chose.

Et la Doctrine, considérant qu'il ne s'agit pas là de textes limitatifs mais au contraire de dispositions établissant un principe général, a étendu le droit de rétention au profit de personnes qui ne peuvent se prévaloir d'un texte formel.

Mais si le droit de rétention est opposable à la faillite, nous sommes encore très loin du droit de résolution.

Le droit de rétention n'est rien autre en réalité que *l'exceptio non adimpleti contractus* du Droit romain.

Cette *exceptio*, qui s'inspire d'un sentiment d'équité implique l'existence d'un demandeur à qui on l'opposera.

Dans le cas d'une libération d'actions par une faillite, la Société créancière de la libération pourrait opposer l'exception à une demande en délivrance de titres introduite par le Syndic tant que celui-ci n'aurait pas rempli les obligations du failli telles qu'elles étaient prévues au contrat de souscription.

Le Syndic ne pourra pas se réclamer du contrat puisqu'il ne l'a pas exécuté comme il devait l'être : *non adimplevit contractum* ».

Mais supposons, toujours dans notre hypothèse, que le Syndic n'ait exercé aucune action.

Défendeur, il se borne à offrir à la Société de l'admettre au passif chirographaire à charge par elle de lui remettre des titres entièrement libérés. Mais il ne réclame pas cette solution, il ne prétend pas l'imposer.

La Société pourra-t-elle dans ce cas se prévaloir de *l'exceptio non adimpleti contractus* et l'opposer à une action qui n'existe pas ?

Assurément non, *l'exceptio non adimpleti contractus* s'analyse en une *paralysie d'un droit*, et il n'est pas possible de confondre la paralysie d'un droit avec le droit lui-même.

La difficulté n'est bien entendu pas spéciale à notre hypothèse et on la retrouve dans tous les cas.

Comment passer dès lors du droit de rétention, moyen de défense, au droit de résolution, moyen d'attaque ?

Le problème est délicat ; à vrai dire on ne l'a même jamais résolu que par des moyens de fait.

On se borne à constater qu'il n'est pas possible de laisser les choses indéfiniment en suspens.

Il est nécessaire, disent les auteurs, de « reconnaître « au contractant un droit plus énergique, c'est-à-dire le « droit d'agir, de demander la résolution judiciaire du « contrat » (1).

(1) Percerou, Tr. des faillites T. II p. 35, — Thaller Note D. 95.2.233.

C'est ainsi qu'il est admis que le co-contractant d'un failli peut obtenir en justice la résolution de son contrat pour cause de faillite s'il est en situation d'invoquer le droit de rétention.

Si la résolution judiciaire peut être demandée à défaut de stipulations spéciales, on doit admettre a fortiori qu'un pacte comissoire exprès, inséré dans une convention, puisse parfaitement être opposable à la masse en cas de faillite.

Le failli a pu, au moment de la formation du contrat, consentir à ce que la résolution ait lieu de plein droit et sans formalité judiciaire.

Ainsi le mécanisme de la clause d'exécution en bourse est parfaitement régulier *en tant qu'il entraîne la résolution du contrat de souscription par suite de la faillite du souscripteur*.

C'est un premier point acquis.

Mais ce n'est pas tout.

Dans l'hypothèse que nous envisageons, la clause d'exécution en bourse n'est pas seulement un pacte comissoire.

Elle s'analyse en outre en une clause pénale fixant forfaitairement les dommages-intérêts dus à la Société en réparation du préjudice que lui a causé la résolution.

Il nous reste donc à étudier le fonctionnement de la clause devant la faillite, du point de vue des dommages-

intérêts, de leur principe, de leur évaluation et de leur attribution.

★
★★

Quant à leur principe tout d'abord :

Lorsque, d'une façon générale, un contrat synallagmatique vient à être résolu par l'effet de la faillite d'une des parties, le co-contractant du failli a-t-il droit à des dommages-intérêts ?

C'est qu'il semble alors exister une raison d'écarter l'application du Droit commun. A côté du failli est né un tiers : la masse.

Comment faire retomber sur cette masse non seulement innocente mais victime elle aussi de l'événement qui a amené la résolution, des dommages-intérêts imputables au failli personnellement.

C'est dans cet esprit qu'on s'est longtemps refusé à ce qu'aucuns dommages-intérêts ne fussent alloués.

On s'est cependant aperçu que ce raisonnement n'avait pour lui que l'apparence et que le passif devait en réalité accueillir toutes les créances qui s'étaient valablement formées du chef du débiteur non encore dessaisi.

« Or, quand un des contractants se soustrait par la
« cessation de ses paiements à l'exécution du contrat, le
« droit à la résolution avec *dommages-intérêts* qui en dé-
« coule, prend sa source première dans le contrat lui-même

« qui lie le failli et par conséquent lie aussi la masse au « marc le franc » (1).

C'est ainsi que l'éminent professeur Monsieur Percerou est amené à conclure avec la presque unanimité de la Doctrine à l'existence d'un principe de dommages-intérêts en cas de résolution résultant d'une faillite.

La Jurisprudence, par contre, a subi en cette matière une évolution complexe dont nous ne pouvons donner ici qu'un aperçu très sommaire.

Elle a balancé longtemps vers une solution négative refusant tous dommages-intérêts quelles que soient les circonstances (2).

Cette tendance s'inspirait de l'attitude très précise qu'elle avait adoptée en matière de vente d'effets mobiliers.

En 1887 un célèbre arrêt de la Cour de Cassation — arrêt dit de « Terre noire » — faisait une confusion entre la résolution et le droit de revendication et s'inspirant ainsi des art. 550 § 6 et 577 du Code de Commerce, refusait au créancier tous dommages-intérêts (3).

Puis des décisions plus récentes parurent vouloir limiter ce refus au seul cas du vendeur de meubles.

Enfin, une loi du 20 mars 1928 est venue consacrer le principe des dommages-intérêts de résolution en cette matière même de vente d'effets mobiliers.

(1) Percerou, op. cit. p. 62 n° 2.

(2) D.P.88.2.228.

(3) D.P.87.1.201.

Aucune difficulté n'est donc plus possible quant au principe.

De même, en ce qui concerne le *quantum* des dommages-intérêts, la question n'est délicate qu'en l'absence de clause pénale. Mais s'il en existe une, elle est incontestablement opposable à la faillite.

La clause pénale n'est, en effet, qu'une convention qui réalise en quelque sorte une liquidation anticipée de dommages-intérêts.

Elle ne cherche nullement, du moins en théorie, à créer une situation privilégiée à l'une des parties ; elle s'inspire de l'intérêt de tous et son unique but doit être d'éviter les difficultés d'une évaluation faite après coup.

Dès lors, si la clause d'exécution en bourse s'analyse en un pacte commissaire assorti d'une clause pénale, elle ne sera pas annulée par la faillite dans la mesure du moins où cette clause *liquide* les dommages-intérêts.

En d'autres termes, lorsque la clause prévoit que les quarts déjà versés par l'actionnaire défaillant devront être considérés comme des dommages-intérêts de résolution, elle ne se heurte pas aux règles impératives de la faillite.

★★

La difficulté va naître à propos de *l'attribution* des dommages-intérêts ; lorsque la clause va dire : les quarts *resteront acquis* à titre de dommages-intérêts.

C'est qu'il n'est pas question aux termes de la clause

de toucher les dommages-intérêts en monnaie de dividende ; la Société entend se payer en conservant le ou les quarts qu'elle a déjà reçus de l'actionnaire déchu.

Autrement dit, la clause d'exécution en bourse suppose essentiellement une compensation effectuée à due concurrence entre la créance de dommages-intérêts appartenant à la Société et la créance appartenant au souscripteur pour obtenir comme suite à l'annulation de son titre la restitution des quarts qu'il a déjà versés.

Cette compensation dont les effets n'aboutissent à rien moins qu'un privilège va-t-elle pouvoir jouer en face d'une faillite ?

Pour résoudre ce problème il est nécessaire de se rappeler les principes et les tendances de la Jurisprudence à propos du jeu de la compensation en cas de faillite.

Supposons qu'au jour de la déclaration de faillite d'un commerçant à la fois débiteur et créancier d'une autre personne, la compensation n'ait pas encore pu jouer à défaut des conditions requises pour qu'elle ait lieu (existence de part et d'autre d'une dette certaine, liquide et exigible).

Il est admis en droit français que dans ce cas la compensation est dorénavant impossible.

Le jugement déclaratif y fera désormais obstacle puisqu'il empêche tout paiement autre qu'en monnaie de dividende.

Cette solution résulte de l'idée qu'on se fait en France de la compensation qui serait un *double paiement fictif*.

On reconnaît cependant aujourd'hui que cette notion de double paiement fictif est issue d'une fausse interprétation d'un texte de Justinien.

En réalité — et la plupart des lois étrangères le reconnaissent (1) — la compensation est une application du *droit de rétention sur créances*.

La conception française aboutirait d'ailleurs à des conséquences désastreuses telles qu'elle compromettrait la sécurité des relations d'affaires entre commerçants appelés à avoir constamment l'un contre l'autre des créances et des dettes réciproques.

Aussi la Jurisprudence a-t-elle été amenée à en tempérer considérablement les rigueurs en admettant la compensation malgré les faillites en cas de créances *connexes* pour la raison, dit M. Labbé, « qu'alors la compensation « des deux dettes n'est que l'exécution pendant la faillite « d'une intention honnête manifestée dès avant son ouverture par les co-contractants et que la survenance de la « faillite ne saurait empêcher cette exécution normale d'un « contrat inattaqué » (2).

Toute la question est alors de savoir s'il y a ou non connexité entre les deux dettes ; s'il existe entre elles un lien : « *debitum eum re junctum* ».

(1) notamment Konkursordnung art. 54 et 55.

(2) Labbé note Sirey 79.2.145.

Sur ce point, la Jurisprudence hésitante n'a pas pu, à ce jour, se rallier à un critérium précis.

Elle s'est manifestée d'abord en matière de compte-courant (1) (où la connexité résulte de la volonté même des parties puisqu'elles entendent faire un tout unique de leurs diverses opérations) puis de compte de communauté (2) ou de tutelle (3) enfin récemment en matière de convention relative à l'exécution de travaux (4).

Ceci dit, revenons au jeu de la clause d'exécution en bourse.

Est-il possible de dire qu'il y ait « *débitum cum re junctum* » entre la créance de dommages-intérêts et les versements déjà faits ?

Assurément non, car il s'agit de deux dettes tout à fait différentes et qui n'ont pas la même source.

L'une est née du contrat de souscription et l'autre de la résolution.

L'une est dette *dans la masse* et l'autre créance *de la masse*.

Vouloir soustraire les dommages-intérêts au paiement en monnaie de dividende, ce serait vouloir imputer la résolution à la masse, alors qu'elle est en réalité innocente de l'événement.

(1) Amiens 15 mai 1877, S. 79.2.145.

(2) Cass. 3 mars 1891, D. 92.1.190.

(3) Cass. 16 mars 1892 S. 92.1.374.

(4) Cass. 7 févr. 1928 — Journ. des faill. 1929 p. 85 — Cass. 29 juil. 1930, S. 30.1.214.

Les dommages-intérêts de résolution, lorsque celle-ci résulte d'une faillite, ne sont donc payables qu'au marc le franc.

C'est d'ailleurs l'opinion de M. le Professeur Percerou qui se fait cependant une opinion très large du *débitum cum re junctum*.

Il dit expressément : « En dehors des clauses légales « de préférence, les dommages-intérêts de résolution ne « sont payables qu'au marc le franc : ce n'est pas la clause « pénale, fût-elle même accompagnée du versement anti- « cipé à un autre titre entre les mains du co-contractant « de la somme stipulée à titre d'indemnité de résiliation « qui suffit à créer à son profit sur ladite somme un privi- « lège. Il ne peut donc le retenir qu'au marc le franc » (1).

C'est exactement l'hypothèse qui est réalisée dans notre espèce : les quarts ont été versés « à un autre titre » entre les mains de la Société ; la clause d'exécution, si elle est aussi une clause pénale, ne peut pas aboutir à un privilège créé de toutes pièces au profit de la Société.

M. Percerou examine aussi la situation d'une Compagnie d'assurance qui invoque à l'encontre d'un failli le bénéfice d'une clause insérée dans la police. Le raisonnement s'applique si bien au cas qui nous intéresse qu'il nous faut le citer en entier :

« Dans la police type....., une clause réserve à la Cie

(1) Percerou, op. cit. Tome II p. 67 n. 1.

« un droit de résiliation : « En cas de faillite la Compagnie
« aura le droit de résilier la police à effet différé de 15
« jours à dater de l'envoi d'une lettre recommandée ».
« Cette clause est parfaitement valable. Mais la nouvelle
« police porte encore : « Lors des résiliations ci-dessus, les
« primes payées ou échues demeurent acquises à la Com-
« pagnie ». C'est-à-dire qu'en cas de résiliation pour cause
« de faillite de l'assuré, la Compagnie prétend se réserver
« le droit de retenir la totalité de la prime déjà payée
« même pour la portion correspondant au temps postérieur
« à la résiliation. Cette dernière stipulation nous paraît
« d'une validité fort douteuse. Pour cette fraction, la pri-
« me ne peut être retenue qu'à titre d'indemnité. Or, cette
« indemnité, lorsqu'elle résulte d'une faillite ne saurait
« être payée qu'au marc le franc, et c'est là une règle obli-
« gatoire à laquelle les parties ne saurait déroger conven-
« tionnellement en affectant en dehors des formes pres-
« crites par la loi pour la constitution d'un privilège et au
« moyen d'une simple clause pénale, une certaine somme
« au paiement par préférence et intégral de ladite indem-
« nité » (1).

★
★ ★

Un autre argument vient encore à l'appui de cette idée
que les dommages-intérêts de résolution ne sont payables
qu'au marc le franc.

(1) Percerou, op. cit. p. 37 note.

Lorsque la loi du 20 mars 1928 (1) est venue consacrer le principe des dommages-intérêts de résolution résultant d'une faillite en matière de vente mobilière, elle a prévu le cas où un vendeur de marchandises aurait déjà touché des acomptes au jour de la faillite.

L'alinéa 2 du nouvel article 578 du Code de Commerce prévoit « que l'inexécution du marché oblige le vendeur à « reverser à la masse les acomptes par lui reçus ».

Et les travaux préparatoires de la Loi viennent éclairer l'intention du Législateur (2).

Il n'a pas voulu que le vendeur puisse échapper, pour toucher ses dommages-intérêts de résolution, à la loi du dividende en compensant ces dommages-intérêts avec les acomptes qu'il avait déjà touchés de l'acheteur défaillant.

Or, si le contrat de souscription ne doit pas être assimilé à une vente de meubles, il n'en reste pas moins qu'il y a une analogie frappante entre les deux situations, les acomptes déjà touchés correspondant exactement aux quarts déjà versés par l'actionnaire.

★★

En résumé, si l'on examine le mécanisme de la clause d'exécution en bourse (conçue comme un pacte commissoire) aux prises avec une faillite, on s'aperçoit que ce

(1) Voir sur l'interprétation de cette loi, Massin, Thèse Paris 1932.

(2) Notamment le rapport de M. Duroux, sénateur.

mécanisme est parfaitement régulier jusqu'au moment de l'attribution privilégiée des dommages-intérêts, où il se heurte alors aux dispositions impératives de la loi des faillites.

Si nous pouvons accepter en face d'une faillite la résolution *de plano* du contrat de souscription résultant du pacte comissoire ; si nous pouvons admettre que ce pacte réalise aussi une clause pénale qui vient liquider des dommages-intérêts opposables à la masse quant à leur principe et leur quantum ; nous devons par contre nous opposer à ce que ces dommages-intérêts ainsi liquidés soient payés par privilège à la Société.

Il serait contraire au principe de l'égalité aux pertes — principe qui est de l'essence même de la faillite, — que la Société pût retenir à titre de dommages-intérêts les quarts déjà versés par l'actionnaire.

Si donc le jeu normal de la clause d'exécution en bourse doit aboutir à un pareil résultat, nous devons conclure à l'inopposabilité de cette clause à une faillite.

★ ★

Il est tout à fait curieux de constater que l'impossibilité juridique que nous venons de relever n'a même pas été aperçue par les décisions de jurisprudence qui ont cherché à consacrer le principe de la Résolution.

Leurs efforts se sont arrêtés à la seule explication juridique de la clause.

Reprenons successivement chacun des trois arrêts déjà analysés.

L'arrêt de la Cour de Paris du 22 octobre 1927 s'est borné à dire : « que l'état de faillite du débiteur qui n'a
« pas exécuté les obligations dérivant pour lui d'un con-
« trat synallagmatique antérieur à sa faillite ne saurait
« faire échec au droit de résolution du contrat appartenant
« aux créanciers en vertu de l'art. 1184 du Code civil avec
« les conséquences de droit, c'est-à-dire avec l'effet rétro-
« actif de la résolution du contrat ; que, dès lors, faute par
« la Société des fabrications spéciales ou ses représentants
« d'avoir offert l'exécution du contrat par le versement du
« deuxième quart appelé, le seul moyen légal de liquider
« la situation résultant de la résolution du contrat de sous-
« cription consiste en la vente des titres ».

Pas un instant cet arrêt ne se demande si le produit de cette vente et le quart déjà versé vont pouvoir se compenser avec les dommages-intérêts de résolution liquidés par la clause.

De même, l'arrêt du 12 mai 1930 (1) se contentera de considérer « que l'événement de la faillite ne résout ni ne
« résilie de plein droit les contrats ; que s'agissant en
« l'espèce d'un contrat à prestations successives dont l'exé-
« cution n'est pas terminée, la masse ne peut en réclamer
« le bénéfice sans en acquitter intégralement les charges ,

(1) J. des soc. civ. et com. 1931, p. 411.

« que dès lors que le Syndic a manifesté son refus de
« prendre ces charges au compte de la masse, la faillite
« doit subir la résiliation suivant la loi visée par le
« contrat ».

Il est vrai qu'ici la solution est plus logique puisque
l'on adopte l'idée d'une résiliation et que le quart déjà
versé ne représente pas des dommages-intérêts mais la
contre-partie de la tranche exécutée du contrat de souscrip-
tion.

Enfin, l'arrêt de la Cour de Gand du 8 janvier 1925 (1)
ignorerait lui aussi la difficulté :

« Attendu, dit-il seulement, que l'offre de paiement en
« monnaie de faillite ne remplit pas les charges assumées
« par le souscripteur.....

« Attendu qu'il ne s'agit nullement ici de créer en
« faveur de la Société vis-à-vis de la faillite un droit de
« gage, de préférence, ni un privilège quelconque, ni de
« faire intervenir dès ce moment la clause d'exécution en
« bourse dont il va être question.

« Qu'en effet il n'y a pas ici un créancier qui réclame
« le paiement en vertu d'un contrat non exécuté, cas où
« il aurait droit seulement à un dividende, mais que les
« curateurs se trouvent en présence d'un co-contractant
« qui, vu la prétention de sa contre-partie de ne pas satis-
« faire intégralement à ses obligations, se refuse de son
« côté, et à bon droit, à exécuter ses engagements.

(1) J. des fail. 1926 p. 211.

« Attendu que le contrat de souscription pouvait donc,
« en vertu de l'art. 1184 du code civil, être rompu avec
« effet rétroactif jusqu'à ses origines et avec condamnation
« du souscripteur à des dommages-intérêts, le tout cepen-
« dant par autorité de justice.....

« Mais attendu que les parties, par une convention
« conclue en temps non suspect, ont prévu et réglé les
« conséquences du non paiement des versements appelés et
« ont introduit dans le contrat la clause de réalisation en
« bourse pour non versé, destinée à permettre de pour-
« suivre, par des voies simplifiées et expéditives le but
« premier de la Société, à savoir : la constitution de l'avoir
« social ».

★ ★

Si par impossible la Cour de Cassation venait à conce-
voir elle aussi la clause d'exécution en bourse comme un
pacte commissoire, il ne lui suffirait pas de légitimer la
théorie de la Résolution.

Il lui faudrait aussi considérer le pacte aux prises
avec la faillite.

Or, nous ne pensons pas qu'elle le puisse faire sans
se heurter à l'impossibilité que nous avons signalée : le
paiement par privilège de dommages-intérêts de résolution.

Et si elle est amenée à condamner, comme nous l'a-
vons fait, la clause d'exécution conçue comme un pacte
commissoire en cas de faillite, il est à présumer qu'elle se

désintéressera d'une théorie qui offre déjà tant de difficultés en elle-même et qui ne serait même pas capable de légitimer un impérieux besoin de la pratique.

La Cour suprême aurait-elle plus de chances d'aboutir avec l'autre théorie actuellement en faveur chez certains auteurs : la théorie du Mandat ?

C'est ce que nous nous proposons d'examiner dans le chapitre suivant.

CHAPITRE VI

THÉORIE DU MANDAT

Cette théorie s'inspire de la lettre même de la clause.

Elle ne voit plus dans le pacte d'exécution en bourse l'anéantissement du contrat de souscription, mais au contraire un cas d'exécution pur et simple d'une convention, libre manifestation de la volonté des parties.

Cette explication nouvelle ne va malheureusement pas aller sans difficulté elle non plus ; elle ne permettra pas en tous les cas de maintenir les effets de la clause devant une faillite.

C'est la raison sans doute pour laquelle le Mandat n'a trouvé aucun partisan en Jurisprudence, bien qu'il ait été proposé en Doctrine par d'excellents esprits (1).

Pour examiner la théorie du Mandat, nous procéderons ainsi que nous l'avons fait pour celle de la Résolution.

Après l'avoir exposé, nous l'étudierons du point de vue critique. Puis, la supposant vérifiée, nous verrons les effets qu'elle est susceptible de produire en cas de faillite.

(1) Pallu, op. cit. — Wahl, Tr. de Dr. Comm. n° 1537, — Houpin et Bosvieux, Tr. des soc. T. I. n° 364.

SECTION I

Exposé et critique de la théorie du mandat

§ 1. — *Exposé.*

La clause d'exécution en bourse renfermerait à la fois un mandat de vendre donné à la Société par l'actionnaire pour le cas où il ne répondrait pas dans les délais à l'appel des quarts, et une cession anticipée du prix de vente à la Société jusqu'à concurrence de sa créance de libération.

Bien entendu, il ne peut s'agir d'un mandat ordinaire révocable au gré du mandant. La clause d'exécution ne présente d'intérêt que si elle permet à la Société d'effectuer la vente au nom de l'actionnaire et *contre son gré*.

Aussi s'agit-il d'une forme spéciale de mandat qui revêt un caractère synallagmatique parce qu'il est fait dans l'intérêt du mandataire en même temps que dans celui du mandant.

Si, en général, le premier intéressé dans l'acte dont l'accomplissement est confié à un mandataire, est le mandant, il peut ne pas en être toujours ainsi.

On peut aussi charger un co-contractant de faire un acte auquel il a lui-même intérêt.

Ce mandat est souvent désigné du nom de mandat « *in rem suam* », bien qu'en Droit romain la « *procuratio in rem suam* » ait eu un sens technique spécial et différent.

On désignait ainsi le détour auquel on avait recours pour aboutir à un résultat que la pratique ne reconnaissait pas directement : celui que produit aujourd'hui la cession ou le transfert de créances.

Il est de principe que le mandat donné dans l'intérêt commun du mandant et du mandataire ne peut être révoqué par le mandant seul, l'acte devenant alors synallagmatique.

En effet, la faculté de révoquer reconnue au mandant par l'art. 2002 du Code civil serait contraire à la règle en vertu de laquelle un contrat formé par le concours de deux volontés ne peut être anéanti par la volonté d'un seul.

La révocation n'étant pas de l'essence du mandat, et les parties pouvant y déroger (1), l'irrévocabilité du mandat *in rem suam* est parfaitement concevable et ne saurait même être discutée.

Elle est d'ailleurs admise par l'unanimité des auteurs et de la Jurisprudence (2).

Dès lors, pour légitimer la notion de mandat *in rem suam* appliquée à la clause d'exécution en bourse, il suf-

(1) Requête 8 avril 1857 D. 58.1.134.

(2) Cass. 6 janv. 1873, D. 73.1.116. — Cass. civ. 13 mai 1885, D. 85.1.350. — Cass. 11 fév. 1891, S. 91.1.221. — Bordeaux, 27 avril 1885 D. 86.2.263. — Amiens, 11 juin 1890, rec. Amiens 90.175. — Baudry Lacantinerie et Wahl, du Mandat n° 810, — Aubry et Rau T. IV p. 654 § 416, — Guillouard, Tr. du Mandat n° 216.

fit de montrer que cette clause est insérée dans les statuts dans l'intérêt commun de la Société, mandataire, et de l'actionnaire, mandant.

L'intérêt de la Société est évident ; quant à l'intérêt de l'actionnaire, voici comment les partisans du mandat l'envisagent :

« Elle permet en premier lieu d'éviter des frais de procédure qui, en définitive, devraient être supportés par le débiteur défaillant. D'autre part, au moyen de l'exécution en bourse le souscripteur se trouve libéré, jusqu'à due concurrence, vis-à-vis de la Société, sans avoir effectué aucun versement réel. Il est rare, par ailleurs, lorsque la vente des titres a produit une somme suffisante pour désintéresser la Société, que celle-ci actionne ultérieurement le souscripteur en dommages-intérêts à raison du préjudice qu'elle a subi du fait du retard, ainsi que l'art. 1846 du Code civil lui en reconnaît le droit. Enfin cette clause permet au souscripteur de se désintéresser de la vente des titres en le dispensant de trouver un nouvel acquéreur » (1).

C'est ainsi que le mandat résultant de la clause d'exécution en bourse, stipulé dans un intérêt commun, ne serait révocable que du consentement des deux parties.

Mais ce n'est pas tout. En admettant que le mandat de vendre ait été exécuté, le prix de vente demeure toujours

(1) Houpin, Journ. des Soc. civ. et comm. 1931 p. 451.

dans le patrimoine de l'actionnaire mandant et n'est pas encore la propriété de la Société.

Il est donc nécessaire d'adjoindre à ce mandat une cession anticipée à la Société du prix de vente des actions jusqu'à concurrence de sa créance.

Cette cession résulterait de la stipulation que le prix de la vente des actions s'impute sur ce qui est dû à la Société par l'actionnaire défaillant.

« Elle doit être tenue pour valable car il est de principe, en effet, qu'une créance conditionnelle ou future « peut faire l'objet d'une cession pourvu qu'elle existe au « moins en germe, qu'elle soit au moins espérée. Ainsi ont « été considérées comme valables : 1° la cession faite par « le co-propriétaire d'immeubles indivis, de sa part éventuelle du prix de cession ; 2° la cession du droit éventuel que l'art. 1733 du Code civil accorde au propriétaire « contre le locataire, en cas d'incendie de la maison louée ; « 3° la cession des droits d'auteur, même en ce qui concerne des œuvres non encore composées. Or, la cession « du prix d'actions qui seraient cédées en vertu des statuts « en cas de non libération des actions, à la suite d'un « appel de fonds, porte bien sur une créance conditionnelle ; et cette créance existe dans son principe ; elle « peut donc être cédée » (1).

(1) Houpin, op. cit. p. 455.

Ainsi conçue, la clause d'exécution se rapproche singulièrement de ce qu'était jadis la « clause de voie parée ».

On sait que cette clause avait pour objet de permettre à deux parties contractantes, débiteur et créancier, de convenir d'avance et par acte authentique de certaines formes déterminées et simplifiées pour réaliser l'expropriation d'un immeuble hypothéqué.

Avant que la clause de voie parée eût été prohibée par l'art. 742 du Code de procédure civile (modifiée par la loi du 2 juin 1841) les auteurs s'accordaient effectivement à l'analyser en un mandat *in rem suam*.

Sans insister davantage sur cette analogie qui ne présente plus qu'un intérêt historique, demandons-nous si les principes du Droit, légitiment l'explication du mandat.

§ 2. — Critique de la Théorie du Mandat.

Nous faisons à la théorie du mandat deux objections qui nous paraissent suffisantes à la faire repousser.

Nous ne croyons pas tout d'abord qu'un intérêt commun vienne rendre irrévocable le mandat, si mandat il doit y avoir.

La notion de mandat assorti d'une cession anticipée du prix nous paraît ensuite constituer un contrat pignoratif nul aux termes de l'art. 2078 du code civil.

Sur le premier point d'abord, nous cherchons en vain l'intérêt que peut trouver le souscripteur à insérer dans les statuts une clause qui nous est toujours apparue jus-

qu'ici comme la clause d'un contrat d'adhésion inséré dans le seul intérêt de la Société.

Les raisons que nous donnent de cet intérêt les partisans du mandat (éviter des frais de procédure, se libérer automatiquement du montant de la valeur de l'action, se désintéresser de la vente des titres) nous semblent illusoires.

Ce ne peut être pour le souci et la sauvegarde de ses intérêts qu'une personne vient dire en substance à son co-contractant : « Vous vendrez mon bien sans délai, dans des conditions toujours défavorables et à votre seul profit ».

C'est en réalité un sacrifice que fait l'actionnaire en contre-partie d'autres avantages que lui fournit la Société et qui viennent en compenser les fâcheux effets.

S'il fallait se montrer aussi libéral pour considérer l'intérêt d'un mandat, il n'existerait plus aucun mandat qui ne fût irrévocable.

Un contrat n'étant jamais passé que dans la mesure de l'intérêt de celui qui le passe, on arriverait ainsi à faire disparaître du code civil l'art. 2004 qui dispose « que le mandant peut révoquer sa procuration quand bon lui semble ».

Si la Doctrine et la Jurisprudence reconnaissent l'existence d'un mandat *in rem suam* c'est-à-dire irrévocable, parce que passé dans l'intérêt commun du mandant et du mandataire, c'est à titre tout à fait exceptionnel, et par dérogation au droit commun.

Il faut alors que les conditions d'un pareil mandat soient parfaitement remplies ; que l'intérêt commun, autrement dit, soit certain, précis, indiscutable.

Il y aurait évidemment un autre moyen d'arriver à l'idée d'irrévocabilité du mandat : il suffirait de l'envisager comme la condition d'un contrat synallagmatique, qui, lui, ne peut être révoqué que du consentement des deux parties.

Mais il faudrait alors admettre que ce mandat de vendre fût valable.

Or un mandat ne peut exister qui n'intéresse que le mandataire.

Tous les auteurs sont d'accord sur ce point : un tel mandat ne pourrait avoir que la valeur d'un conseil, d'une recommandation, sans qu'il soit possible d'en concevoir une sanction (1). Si ce mandat devait exister il serait inefficace puisque le mandant n'en pourrait réclamer l'exécution en vertu de la maxime « pas d'intérêt, pas d'action ».

C'est pour ces raisons qu'il ne nous paraît pas possible de voir dans la clause d'exécution en bourse un mandat de vendre irrévocable.

★ ★

Mais c'est encore plus l'idée d'une cession anticipée du prix de vente qui nous apparaît critiquable.

(1) Dalloz, Mandat n° 52, — Pothier n° 15, — Duranton T. 28 n° 200, — Troplong n° 35, — Baudry, Lacantinerie et Wahl, op. cit. n° 462, — Guillouard, op. cit. n° 17.

De quoi résulterait tout d'abord une telle convention, alors que le texte de la clause ne l'exprime en aucune façon ?

Qu'on ne vienne pas dire que les statuts ont effectivement besoin d'être précisés sur ce point, car nous ferions aussitôt l'objection que nous adressions déjà à la théorie de la résolution : le système préconisé n'explique pas l'exécution en bourse *telle qu'elle est actuellement en vigueur*.

L'hypothèse d'une cession anticipée ajoutée à un mandat de vendre nous semble ensuite aboutir à une impignoration prohibée par la loi.

On sait que l'art. 2078 du code civil dispose « que toute « clause qui autoriserait le créancier à s'approprier un « gage ou à en disposer sans les formalités ci-dessus est « nulle » (al. 2).

Cet article n'a pas seulement pour but d'empêcher un créancier de s'approprier directement un bien dont la valeur est hors de proportion avec la créance garantie, mais plus généralement de prohiber toute opération qui compromettrait les droits du débiteur par une réalisation inconsiderée du gage.

Autrement dit, la prohibition qu'il édicte doit être interprétée largement. Elle visera toutes les conventions qui auraient pour but de déguiser un contrat pignoratif.

Ne sera-ce pas précisément le cas de notre hypothèse et chaque fois qu'on se trouve en face d'un contrat pignoratif n'y aura-t-il pas moyen de lui substituer un mandat

de vendre assorti d'une cession anticipée du prix de vente ?

Assurément oui, et c'est pourquoi nous concluons que la nouvelle explication qu'on nous propose de la clause d'exécution en bourse vient se heurter aux dispositions impératives de la loi.

Voyons maintenant ce qu'on pourrait attendre de cette explication — en admettant qu'elle fût possible — dans le cas de la faillite d'un actionnaire.

SECTION II

Des effets de la théorie du mandat en cas de faillite d'un actionnaire

En bonne logique, le système du mandat conduit à dire que si un appel de fonds est adressé à une faillite, la clause ne peut plus jouer car le mandataire, — son mandat fût-il irrévocable — ne saurait plus vendre un bien du mandant après que la faillite de celui-ci a frappé ce bien d'indisponibilité.

La faillite est une cause expresse de révocation de mandat ; si l'art. 2003 du Code civil ne prévoit que le cas de déconfiture, il est admis que la faillite doit lui être à ce point de vue assimilée (1).

(1) Cass. 24 août 1847, S. 48.1.33, D. 47.1.329, — Cass. 12 nov. 1890, D. 91.1.408, — Amiens 21 mars 1891, D. 92.2.305, — Guillouard, op. cit. n° 243.

Certains auteurs ont cependant voulu faire produire des effets à la clause en face d'une faillite (1).

D'après eux, le mandat serait irrévocable au point de survivre à l'événement d'une faillite. La cession anticipée du prix serait en outre opposable à la masse des créanciers.

A l'appui de la survivance du mandat à la faillite on invoque l'opinion de certains auteurs (2) et de la Cour de Cassation (3).

En sens contraire, la Cour d'Appel de Douai est cependant venue dire que la faillite d'un mandant emportait révocation du mandat *in rem suam* (4).

Bornons-nous à constater sans prendre parti, les contrariétés de la Jurisprudence en cette matière.

Mais il ne va pas en être de même quant à l'opposabilité à la masse de la cession anticipée du prix de vente.

C'est à tort à notre avis que les partisans du mandat veulent laisser subsister malgré la faillite les effets de cette cession.

« Constituant une convention synallagmatique, elle est,

(1) Pallu, op. cit. p. 156, — Houpin, op. cit. p. 458 et s. — Avant 1931 M. Houpin refusait cependant le bénéfice de l'exécution à la Société en cas de faillite : Houpin et Bosvieux op. cit. T. II n° 364.

(2) Percerou, op. cit. T. II, p. 30 n° 3, — Baudry, Lacantinerie et Wahl. op. cit. n° 843.

(3) Cass. 31 juil. 1872, D 72.1.300, — Cass. 31 juill. 1912, D 13.1.81.

(4) Douai, 10 mars 1840 D 40.2.42, — 20 févr. 1847, D 48.2.93.

« disent-ils, opposable à la masse quoique portant sur une « créance future et inconditionnelle » (1).

C'est une erreur, nous semble-t-il : tous les contrats synallagmatiques ne survivent pas à l'événement d'une faillite.

Nous sommes au contraire ici en présence de la convention-type que la faillite vient anéantir.

La règle de l'égalité aux pertes fait obstacle à ce qu'en prévision d'une faillite, le débiteur ait pu créer par convention en dehors des privilèges et des hypothèques, une cause de préférence non admise par la loi.

★ ★

Ainsi, où que nous nous soyons tournés jusqu'à maintenant pour expliquer l'opération de l'exécution en bourse, nous nous sommes toujours heurtés à la même difficulté : *Que ce soit une clause résolutoire ou un mandat, le jeu du pacte d'exécution aboutit en définitive à un privilège qui lèsera la masse en cas de faillite.*

Puisqu'il n'existe pas de « privilège sans loi », il nous apparaît impossible de trouver une explication satisfaisante en dehors du cadre étroit des privilèges et des hypothèques.

C'est ainsi que nous sommes amenés à nous demander s'il ne serait pas possible de considérer la clause d'exécution en bourse comme un gage.

(1) Houpin, op. cit. p. 450.

CHAPITRE VII

THÉORIE DU GAGE

La théorie du Gage a été proposée à la fin du siècle dernier (1) pour tenter de soustraire les Sociétés aux effets désastreux qu'impliquait pour elles le rigoureux arrêt de la Cour de Cassation de 1896.

Après avoir été adoptée par quelques décisions de Jurisprudence (2), la Doctrine l'a abandonnée pour s'orienter vers la conception, plus séduisante, d'une résolution.

Voici comment raisonnent les partisans du système du gage :

La Société en n'exigeant pas le versement intégral du montant de chaque action fait crédit à l'actionnaire, mais pour garantie de la libération du complément dans l'avenir elle se fait consentir un gage dont l'objet est précisément le titre représentatif du droit de l'actionnaire.

On sait que depuis une loi de 1863 modifiant les art.

(1) Mesnil J. des Soc. 1898 p. 152 et s.

(2) Trib. Seine 27 sept. 1899, Journ. des soc. civ. et Comm. 1900 p. 94.

91 et s. du Code de Commerce, le gage, lorsqu'il est commercial, peut être établi indépendamment d'un écrit public ou sous seing privé dûment enregistré.

La clause d'exécution insérée dans les statuts suffira à faire la preuve de la constitution du gage.

Il peut sembler à première vue qu'il manque à ce gage une condition essentielle : la dépossession du débiteur. L'actionnaire conserve par devers lui les titres frappés d'un droit de gage au profit de la Société.

Mais ce serait trop s'arrêter à la surface des choses ; la dépossession du débiteur n'est exigée que dans un but de publicité pour révéler aux tiers l'existence du gage.

Est-ce que, dans notre espèce, la publicité légale à laquelle sont soumis les statuts de la Société et par conséquent la clause établissant le droit d'exécution ne porte pas suffisamment à la connaissance des tiers l'existence du gage ?

Il faut de plus remarquer que le titre définitif de l'action n'est généralement délivré à l'actionnaire qu'après libération complète.

Jusque-là il n'a en sa possession qu'un certificat provisoire qui, par sa forme même, révèle aux tiers le fait de la non-libération.

« Et, en réalité, ajoute M. Mesnil, l'actionnaire n'a
« pas besoin d'être dépossédé parce que, jusqu'à la remise
« du titre définitif, c'est la Société qui a *retenu la posses-*
« *sion*. Cela est si vrai que pour vendre l'action elle n'aura

« pas besoin de reprendre le titre entre les mains de l'actionnaire. Elle s'est en effet réservé le droit de faire vendre sur duplicata et d'annuler le titre provisoire. La tradition du titre au nouvel acquéreur aura lieu sans que l'actionnaire en retard ait à intervenir ».

Cette idée d'un gage nous paraît être la seule qui traduise parfaitement l'esprit de l'exécution en bourse.

Le jeu de la clause n'aboutit en effet à rien moins que de permettre à un créancier de se payer sur un bien de son débiteur.

Le gage n'est-il pas la seule convention prévue par la loi qui réalise aussi bien cette hypothèse ?

Malheureusement le mécanisme de l'exécution en bourse ne va pas s'accorder sans difficultés avec les règles du gage.

Nous constaterons néanmoins qu'aucune de ces difficultés n'est en définitive insurmontable.

Les objections que les auteurs font habituellement à la théorie du gage sont au nombre de trois :

On dit tout d'abord que s'il devait s'agir d'un gage il serait la plupart du temps civil, par conséquent irrégulier et nul à défaut des conditions de formes imposées par la loi.

L'idée subtile d'une « rétention de possession », ajoute-t-on ensuite, masque en réalité une difficulté très sérieuse car les actions non libérées, étant nominatives, ne peuvent

faire l'objet d'un gage sans un transfert de garantie sur les registres de la société.

Enfin, le mécanisme de la clause d'exécution en bourse s'accorderait mal avec la réalisation d'un gage telle que l'a organisée la loi commerciale.

★ ★

Il est nécessaire, pour concevoir un gage, de lui attribuer un caractère commercial, et ce afin d'éviter d'encourir les dispositions prohibitives des art. 2074 et 2078 du Code civil, quant aux formes de constitution et de réalisation du gage civil.

La question se pose alors de savoir s'il s'agit effectivement d'un gage commercial.

C'est, nous le savons, la qualité de la dette garantie par rapport au débiteur qui détermine la qualité d'un gage, l'objet même du gage ne devant pas être envisagé.

Quel est donc ici le caractère de l'obligation que contracte l'actionnaire envers la Société ?

Cette question qui se ramène à celle de savoir si le contrat de souscription constitue un acte de commerce, lorsqu'on l'envisage du côté du souscripteur, est controversée.

Dans une première opinion, l'obligation est civile : elle n'est pas comprise dans l'énumération des actes de commerce faite par les art. 632 et suiv., C. de Com. ; celui qui effectue un prêt ne fait pas un acte de commerce pour

la raison que son emprunteur destine la somme promise à un emploi commercial (1).

Mais le sentiment général de la Doctrine et de la Jurisprudence est que l'engagement de l'actionnaire a un caractère commercial en vertu de la règle de l'accessoire : les opérations de la Société sont commerciales, elle les accomplit pour ses actionnaires comme pour elle-même ; ses actes ne sauraient donc changer de caractère suivant qu'ils concernent les associés ou la Société (2).

La Cour de Cassation est aujourd'hui bien fixée sur ce point ; il nous est donc permis de repousser cette première objection et d'admettre en tout état de cause la commercialité du gage.

Malheureusement la pratique de l'exécution en bourse se rencontre également en matière d'obligations non libérées et il est plus difficile de la concevoir dans ce cas comme constituant un gage commercial.

On sait que les obligations sont par nature profondément différentes des actions, puisque ce sont des titres d'emprunt qui donnent simplement droit à des intérêts

(1) Thaller, op. cit. n° 333, — Pont Tr. des soc. T. II n° 1424, — Dijon 4 août 1857, S. 58.2.195, — Paris 24 janvier 1874, D. 76.2.216.

(2) Lyon-Caen et Renault, op. cit. T. II n° 470, — Vavasseur, Tr. des soc. civ. et com. T. I n° 288, — Wahl, op. cit. n° 361 et note S. 1901.1.515, — Cass. 13 août 1856, D. 56.1.343, — Cass. 15 juil. 1863, D. 63.1.347, — Cass. 25 oct. 1899, D. 99.1.560.

comme un prêt ordinaire et au remboursement du capital prêté au terme convenu et dans les conditions prévues (1).

Et cependant il arrive très souvent que comme les actions ces titres de prêt ne sont pas libérés dès l'origine ; on imagine alors de leur appliquer la pratique de la réalisation en bourse.

L'engagement de l'obligataire est certainement en principe de nature civile comme celui de toute personne qui s'engage à prêter de l'argent à un autre.

Il ne sera commercial que s'il constitue l'une des formes de l'activité professionnelle de l'obligataire. Si, par exemple, des obligations ont été souscrites par un banquier qui n'a eu que l'intention de replacer les titres à un capitaliste, l'opération sera commerciale à son égard.

Mais si la même opération est envisagée du point de vue du capitaliste qui a racheté ses titres au banquier, nous ne pouvons plus la considérer comme un acte de commerce. Ce capitaliste ne pourra être tenu vis-à-vis de la Société que d'une dette civile.

Ainsi le gage changera de nature par le seul fait de la cession des titres, mais la plupart du temps il se trouvera être civil.

Il ne pourra donc valablement exister que s'il réalise les conditions de constitution et de réalisation exigées par les art. 2074 et 2078 du Code civil.

(1) Thaller, op. cit. n° 578.

Ce ne sera jamais le cas de notre hypothèse, et c'est pourquoi vouloir expliquer la clause d'exécution en bourse par l'idée d'un gage aboutit à en faire abandonner l'usage en matière d'obligations non libérées.

★★

Les actions — par hypothèse non libérées — qui font l'objet du gage sont, aux termes de l'art. 3 de la loi du 1^{er} août 1893, toujours nominatives.

Or, vient-on dire, l'art. 91, al. 3, du Code de Commerce prévoit, en cas de gage constitué par un titre nominatif, le transfert à titre de garantie sur un registre spécial détenu par la Société émettrice ; rien de semblable n'étant réalisé ici, il ne peut y avoir de gage.

Cette nouvelle objection pose ici encore une question délicate sur laquelle la Cour de Cassation et une partie de la Doctrine n'ont pu se mettre d'accord.

L'art. 91 al. 3 prévoit en effet le nantissement des titres nominatifs, mais le tout est de savoir si ce texte est à cet égard limitatif ou s'il laisse au contraire la liberté de recourir à d'autres formes.

Sur ce point, trois opinions sont soutenues :

D'après la première, l'art. 91 est absolument limitatif : le transfert est la seule forme légale de nantissement des titres nominatifs (1).

(1) Thaller, op. cit. n° 1081.

La remise du titre au créancier ne saurait par conséquent impliquer à elle seule la constitution d'un gage ; sans doute cette remise pourra être exigée, mais, fût-elle nécessaire, elle ne sera pas suffisante.

La mise en possession d'un titre ne peut entraîner l'ensaisinement de la créance que si elle s'incorpore au titre : il n'en est ainsi que dans le cas du titre au porteur.

Les deux autres opinions s'accordent à reconnaître que l'art. 91 ne consacre qu'une faculté.

D'après le second système les parties, si elles ne recourent pas au transfert de garantie, doivent cependant remplir les formalités de l'art. 2074 du code civil (signification au débiteur ou acceptation dans un acte authentique) (1).

Enfin l'opinion la plus débonnaire, celle des Cours d'Appel et de la Cour de Cassation, considère que le gage constitué pour cause commerciale sur des valeurs négociables peut être établi à l'égard des tiers comme à l'égard des parties par l'un des modes quelconques indiqués dans l'art. 109 du Code de commerce (2).

Pour arriver à une conception aussi large on argumente du texte même des alinéas 2 et 3 de l'art. 91. L'un dit, en effet, que le gage peut *aussi* être établi par un en-

(1) Lyon-Caen et Renault, op. cit. T. III n° 277. — Boistel, op. cit.

(2) Req. 12 mai 1879, D. 80.1.118, — Douai 12 mai 1891, D 93.2.140, — Paris 28 nov. 1878 D. 79.2.153.

dossement etc..., l'autre que le gage peut *également* être établi par un transfert etc...

D'autre part, certains passages des travaux préparatoires de la loi de 1863 mettraient en lumière les tendances libérales du Législateur.

« Il est déclaré par le projet d'une manière générale, « et, par conséquent applicable à tous les objets mobiliers « quelconques, que le gage commercial s'établit à l'égard « des tiers conformément à l'art. 109 » (Exposé des motifs).

Et plus loin : « le § 3 de l'art. 91 est une facilité ajoutée à celle de l'art. 109 » (Rapport (1)).

Sans vouloir prendre parti entre l'une de ces trois thèses, il est cependant permis d'admettre que dès lors qu'on s'efforce de justifier devant les Tribunaux de la validité d'une opération inspirée par des besoins économiques, l'on est en droit de proposer le point de vue de la Cour de Cassation.

Il est bien certain que les opinions doctrinales sont infiniment plus juridiques, mais puisque la Jurisprudence, reculant devant la rigueur de leurs conséquences, a refusé de les entériner, nous aurions mauvaise grâce à ne pas la suivre sur cette voie, lorsqu'il s'agit surtout d'une matière aussi essentiellement pratique que la nôtre.

Dès lors que l'art. 109 (Code de Com.) vient régler les

(1) V. travaux préparatoires : D. 63.4.73 et s.

conditions de constitution et de preuve du gage commercial, les dernières difficultés s'aplanissent.

La « rétention de possession » n'est plus une notion subtile mais une formule heureuse qui traduit une situation de fait dont la connaissance s'impose aux tiers.

L'indisponibilité du gage entre les mains du débiteur n'est plus une condition fondamentale du gage comme certains le prétendent. On conçoit parfaitement que le débiteur ait la libre disposition du gage dès l'instant que la créance garantie est incorporée à l'objet même de ce gage.

Peu importe que ce soit Pierre ou Paul qui doive, puisque, quelle que soit en définitive la personne qui supporte la dette, la Société trouve toujours sa créance garantie par l'action.

★★

Quant à la dernière objection relative aux règles de réalisation de gage commercial, il nous paraît beaucoup plus facile d'y répondre.

On sait que la réalisation du gage commercial, si elle est plus simple que celle du gage civil, n'en reste pas moins assujettie à certaines formalités qu'il est indispensable d'observer.

L'art. 93 du Code de Commerce prescrit, en effet, une signification préalable au débiteur par exploit d'huissier, et huit jours avant la vente de l'objet du gage.

Or, objecte-t-on, le pacte d'exécution en bourse ne

prévoit presque jamais d'acte extra-judiciaire, mais seulement l'envoi d'une lettre recommandée et même très souvent un simple avertissement collectif par la voie des journaux.

Il est certain que sur ce point la clause aurait besoin d'être complétée, mais nous nous garderons bien de nous contenter de cette simple observation car nous retomberions alors dans l'erreur commune aux tentatives d'explication par une clause résolutoire et un mandat.

Nous voulons légitimer la clause de réalisation *telle qu'elle est actuellement en vigueur* ; c'est un moyen trop facile d'interprétation qui consiste à modifier un contrat pour le mettre d'accord avec un système préétabli.

Prenant donc l'usage tel qu'il se présente, nous ajouterons qu'en admettant que le mode d'exécution prescrit par le pacte statutaire fût contraire aux dispositions de l'art. 93, le gage n'en restera pas moins, quant à lui, régulier : seule la forme de réalisation prévue sera nulle.

La loi n'a jamais dit qu'un gage qui prévoirait un mode de réalisation plus expéditif que celui qu'elle impose, serait nul.

L'art. 93, al. 4, se borne à disposer que « toute clause « qui autoriserait le créancier à s'approprier le gage ou « à en disposer sans les formalités ci-dessus prescrites est « nulle ».

Mais cette nullité n'entraînera pas la nullité de l'acte tout entier.

Il suffira donc pour rendre valable l'opération de l'exécution en bourse que la Société, oubliant la clause de ses statuts au moment qu'elle fait en vain l'appel de ses fonds, lui préfère les dispositions de la loi et signifie à son actionnaire un acte extra-judiciaire.

★★

Mais c'est surtout par ses effets que la théorie du gage nous paraît préférable aux autres explications proposées.

La Société, créancière gagiste, poursuit la réalisation de son gage jusqu'à parfait paiement de la dette garantie de libération ; si le prix de vente excède le montant de la dette, elle tient compte de l'excédent ; si au contraire la vente ne produit pas la somme nécessaire pour la désintéresser complètement, elle garde, pour ce qui reste dû, son action contre le débiteur, son actionnaire.

De son côté, l'acheteur en bourse devient un acquéreur ordinaire qui achète sur le marché des titres au cours du jour. Il reçoit la propriété des titres, de l'actionnaire déchu et les titres eux-mêmes de la Société qui les détenait en gage.

Enfin, et surtout, en cas de faillite d'un actionnaire, la Société, créancière privilégiée n'aura pas de comptes à rendre à la masse. Elle vendra l'action à son seul profit et ne sera soumise à la loi du dividende que si l'objet de son gage ne l'a pas intégralement remboursée et seulement pour le surplus.

CONCLUSION

Il est extrêmement difficile d'appliquer à des opérations de la pratique un cadre juridique préconçu qui n'est pas fait pour elles.

Toutes les explications qu'on propose pour tenter de trouver une base juridique à la clause statutaire d'exécution en bourse se heurtent à des difficultés très sérieuses.

Elles impliquent en outre le plus souvent des conséquences telles, qu'elles retirent la plus grande partie de son intérêt à la clause.

L'une d'entre elles cependant nous a paru pouvoir l'expliquer avec tous les effets que son mécanisme nécessite.

Seule en tous les cas, elle nous a paru laisser à la Société le bénéfice de l'opération en bourse en cas de faillite d'un actionnaire.

Certes, la théorie du gage n'est pas sans présenter des inconvénients dont le plus important est assurément qu'elle interdit l'usage du pacte d'exécution en matière d'obligations non libérées.

Mais dans ce cas, l'exécution en bourse ne présente qu'un intérêt minime et c'est pourquoi, sans aller jusqu'à

estimer que le pacte d'exécution s'accorde parfaitement avec l'idée d'un gage, nous nous demandons cependant si cette conception n'est pas la seule capable de valider le texte de la clause — tel qu'il est libellé aujourd'hui dans la plupart des statuts des sociétés anonymes.

Vu : *le Doyen*,
H. BERTHÉLEMY.

Vu : *le Président*,
A. WAHL.

Vu et permis d'imprimer.
Le Recteur de l'Académie de Paris :
CHARLÉTY.

BIBLIOGRAPHIE

- AUBRY et RAU. — Cours de droit civil.
- BAUDRY, LACANTINERIE. — Précis de Droit civil.
- BAUDRY, LACANTINERIE et WAHL. — Contrats aléatoires du mandat, Paris, 1907.
- BERNARD. — Etude sur l'exécution en bourse des actions et des obligations non libérées (Annales de droit commercial, extrait 1904).
- BOISTEL. — Précis de Droit commercial.
- BOUVIER-BANGILLON. — Note dans Pandectes françaises périodiques 1891, I, 369.
- DALLOZ. — Jurisprudence générale — Répertoire.
- GUILLOUARD. — Traité des contrats aléatoires et du mandat. Paris, 1894.
- HÉMARD. — Cours de Droit civil, 2^e année, 1927-1928.
- HOUPIN. — Traité général théorique et pratique des Sociétés civiles et commerciales 5^e édit. Paris 1925,
Note dans le journal des Sociétés 1931 p. 386 et s.
- LABBÉ. — Note sous Sirey 1888.I.403.
- LYON-CAEN et RENAULT. — Traité de Droit commercial, 3^e édit. Paris 1900.
- MESNIL. — Note dans le journal des Sociétés 1898, p. 145.

PLOMMET. — Des appels de fonds en matière d'action et d'obligations, thèse Paris, 1899.

SALEILLES. — Etude de la théorie générale de l'obligation, 2^e édit. Paris 1901.

SIREY. —

THALLER. — Traité élémentaire de Droit commercial, 7^e édit., Paris 1925. — Note dans Dalloz, 1886.2.89.

VAVASSEUR. — Traité des Sociétés civiles et commerciales.

WAHL. — Précis théorique et pratique de droit commercial. Paris 1923. — Traité théorique et pratique des titres au porteur français et étrangers, Paris, 1891, T. I.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	5
CHAPITRE PREMIER — Le problème économique	19
CHAPITRE II. — Exposé et critique des explications de la clause aujourd'hui abandonnée	26
CHAPITRE III. — Théorie de la Résolution	34
CHAPITRE IV. — Théorie de la Résiliation	67
CHAPITRE V. — Des effets de la théorie du pacte com- missoire (résolution ou résiliation) en cas de faillite d'un actionnaire	77
CHAPITRE VI. — Théorie du Mandat	98
CHAPITRE VII. — Théorie du Gage	110
CONCLUSION	123
